

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

GUILHERME GASPARI COELHO

A ADAPTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL AO FENÔMENO DA
REPETIÇÃO E A TÉCNICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

GUILHERME GASPARI COELHO

A ADAPTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL AO FENÔMENO DA
REPETIÇÃO E A TÉCNICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
PUC-SP como exigência parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito
Processual Civil, sob orientação do
Professor Donaldo Armelin

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor DONALDO ARMELIN pela paciência e orientação dada ao longo de todo o mestrado. Seu exemplo como jurista, seus ensinamentos e suas sugestões foram essenciais para o desenvolvimento das pesquisas e do trabalho.

Agradeço a todos os companheiros do escritório DINAMARCO, ROSSI, BERALDO & BEDAQUE pelo constante debate e aprendizado. O escritório tem sido minha casa nos últimos anos e me orgulho muito de fazer parte desta família.

Agradeço, por fim, à minha família, amigos e em especial à FERNANDA FERRER HADDAD. Sem o apoio e paciência de todos, certamente este trabalho não seria o mesmo.

Aos meus pais e meus irmãos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição, característico da sociedade contemporânea e, como consequência desta adequação, a criação da técnica de julgamento por amostragem, apta a dar tratamento adequado aos processos repetitivos decorrentes da litigiosidade em massa.

Serão analisadas as origens históricas do fenômeno da massificação das relações sociais, da cultura da repetição e do aumento substancial de procura dos jurisdicionados pela tutela jurisdicional, que acabou por gerar uma histórica crise de administração da justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

Também será demonstrada a incapacidade do processo civil tradicional e do processo coletivo para solucionar o problema da adequação da tutela jurisdicional aos processos repetitivos. Nesse sentido, e diante da influência das tendências de coletivização da tutela jurisdicional e valorização de precedentes judiciais, foi crescente a necessidade do desenvolvimento técnicas processuais adequadas às demandas de massa, cujos alicerces constitucionais são a duração razoável do processo, a segurança jurídica e isonomia.

Por fim, serão esmiuçadas as peculiaridades e os pontos polêmicos da técnica do julgamento por amostragem nos tribunais superiores, bem como a nova técnica de amostragem sugerida pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil.

A conclusão será no sentido de que a adoção de técnicas processuais voltadas aos processos repetitivos é um caminho sem volta, já que essencial para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, até pelos resultados já obtidos para técnicas já vigentes.

Palavras-chave: massificação – litígios – processos repetitivos – tutela jurisdicional adequada – técnica de julgamento por amostragem

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the tendency of adaptation of the judicial review to the phenomenon of repetition, typical of our contemporary society and, as consequence of such adaptation, the creation of the ruling based on test claims, which renders adequate treatment to repetitive lawsuits originated by mass litigation.

The origins of the phenomenon of massing social relations will be analyzed, as well as the culture of repetition and the considerable increase in recurring to the courts in search of jurisdictional tutelage, which resulted in a historical crisis on the administration of justice in the Brazilian legal system.

The shortfalls of traditional litigation procedures and collective litigation to solve the problem of adequate judicial review to repetitive lawsuits will also be analyzed. As a result of these issues, and considering, on the one hand, the influence of the tendency to solve collective issues by aggregation techniques of judicial review, and on the other, the raising appreciation of jurisprudence, it was necessary to develop adequate procedural techniques to deal with mass litigation, having its constitutional foundations on the reasonable duration of the lawsuit, predictability and isonomy.

Finally, this paper will examine the peculiarities and polemic issues of the ruling based on sampling technique as applied by the Brazilian superior courts, as well as the new technique as presented on the Bill of the New Code of Procedural Law.

The conclusion will support that the adoption of procedural techniques aimed at decisions on repetitive lawsuits is essential to an effective jurisdictional tutelage on such cases, especially when considering the results already obtained by existing techniques.

Key-words: mass litigation – repetitive lawsuits – effective jurisdictional tutelage – test claim

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	11
§1. Apresentação	11
1. Objeto do trabalho e delimitação do tema	11
CAPÍTULO II – LITIGIOSIDADE EM MASSA E O DESENVOLVIMENTO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA AOS PROCESSOS REPETITIVOS	16
§2. O contexto histórico da explosão de litigiosidade e as causas do abarroamento do Poder Judiciário.....	16
2. A compreensão das premissas conceituais de adequação da tutela jurisdicional aos processos repetitivos pela análise da sociologia e ciência política.	16
3. O fenômeno da ascensão das massas e a evolução da função social do Poder Judiciário no Estado moderno	17
4. O fenômeno da massificação das relações sociais.....	32
5. O amplo acesso à justiça e a cultura da litigância.....	37
6. O federalismo brasileiro	39
7. A crise do Supremo Tribunal Federal e o surgimento do Superior Tribunal de Justiça	41
8. O Estado “superparte” e sua influência na crise de administração da justiça.....	45
§3. A ineficiência do sistema de processo coletivo no combate à massificação de litígios.....	47
9. Aspectos gerais sobre o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.....	47
10. Esclarecimento inicial: nem todo processo repetitivo tem por objeto um direito individual homogêneo	51
11. As limitações teóricas: o regime de legitimidade ativa para propositura da ação coletiva	52
12. Segue: a relação entre processos individuais e coletivos.....	55
13. Segue: limitação do objeto das ações coletivas	57
14. Segue: os efeitos da sentença proferida em ações coletivas	58
15. Segue: o regime da coisa julgada nos processos coletivos.....	59
§4. A problemática das demandas de massa no direito comparado	61
16. Esclarecimentos quanto à comparação	61
17. Um panorama do processo coletivo	62
18. A alternativa do processo modelo ou processo teste	64

§5. As tendências do processo civil moderno no desenvolvimento das técnicas processuais de tutela dos processos repetitivos.....	69
19. Esclarecimentos iniciais.....	69
20. A tendência de coletivização da tutela jurisdicional.....	69
21. A caminhada de valorização da jurisprudência.....	72
§6. O cenário atual da jurisdição e a adaptação da tutela jurisdicional aos processos repetitivos.....	75
22. A realidade atual da justiça brasileira e os números do Conselho Nacional de Justiça.....	75
23. A maléfica padronização da tutela jurisdicional.....	77
24. A tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição.....	79
CAPÍTULO III – ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO INSTITUTO.....	90
§7. O julgamento por amostragem e o modelo constitucional do processo civil.....	90
25. Premissas constitucionais para adoção da técnica do julgamento por amostragem.....	90
26. Segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais.....	90
27. Isonomia.....	97
28. Duração razoável do processo e celeridade.....	101
29. Economia processual.....	106
CAPÍTULO IV – A TÉCNICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM.....	108
§8. Aspectos gerais.....	108
30. Conceito e natureza do julgamento por amostragem.....	108
§9. Premissas conceituais da amostragem nos Tribunais Superiores.....	112
31. A evolução da função exercida pelos tribunais superiores como fundamento para a técnica do julgamento por amostragem.....	112
32. A necessária criação de filtros de contenção da litigiosidade nos tribunais superiores.....	118
33. O julgamento por amostragem como resultado da tendência de objetivação dos recursos excepcionais.....	121
34. O surgimento da amostragem no ordenamento jurídico brasileiro.....	123
35. A análise da amostragem em números.....	127
§10. Os arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.....	129
36. Hipóteses de incidência da técnica e identificação da questão de direito repetitiva que autoriza a utilização da amostragem.....	129
37. Competência para o início do procedimento.....	133

38.	Alcance do sobrestamento	136
39.	Meios de impugnação da decisão que determina o sobrestamento	141
40.	Seleção do recurso representativo da controvérsia.....	145
41.	A participação de terceiros no procedimento de julgamento por amostragem.....	149
42.	O procedimento e a competência para julgamento dos recursos representativos da controvérsia	155
43.	Urgência e sobrestamento.....	157
44.	A desistência do processo representativo da controvérsia	159
45.	Os efeitos da decisão paradigma sobre os recursos sobrestados.....	162
46.	Segue: o reconhecimento de inexistência de repercussão geral	163
47.	Segue: a decisão que inadmite o recurso sobrestado pela contrariedade ao entendimento firmado pela corte superior	164
48.	Segue: o juízo de retratação	165
49.	Os efeitos da decisão paradigma sobre os demais processos não sobrestados e sobre as crises de direito material não judicializadas	169
50.	Modulação dos efeitos da decisão paradigma.....	171
51.	Direito intertemporal	175
§11.	A técnica de julgamento por amostragem e o Projeto de Novo Código de Processo Civil	176
52.	Aspectos gerais sobre o projeto.....	176
53.	O fortalecimento da adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição	177
54.	O incidente de resolução de demandas repetitivas.....	178
55.	O regime de recursos especiais e extraordinários repetitivos	188
CAPÍTULO V - CONCLUSÕES		191
§12.	Futuro do Processo Civil brasileiro.....	191
56.	Breve resumo da evolução histórica até os dias atuais	191
57.	Análise crítica da técnica por amostragem vigente e projetada	194
58.	Propostas para o aprimoramento do julgamento por amostragem	196
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		198

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

§1. Apresentação

1. Objeto do trabalho e delimitação do tema

A sociedade contemporânea é caracterizada pelo fenômeno da repetição. Repetição em todas as formas de relação social, pessoais e comerciais, nas tarefas rotineiras de cada cidadão, enfim, em tudo o que envolve o cotidiano. Essa é a principal característica da sociedade de massa. E as crises advindas deste contexto não poderiam ser diferentes.

É unânime na comunidade jurídica a idéia de que o Poder Judiciário está abarrotado, que a litigiosidade do povo brasileiro é excessiva e que é preciso racionalizar o método de trabalho desenvolvido pelos tribunais tendo em vista a quantidade de processos pendentes de solução na atualidade. O sistema estatal de solução de conflitos brasileiro, em que pese a constante e reconhecida evolução da ciência processual, ainda é moroso, se utiliza de métodos arcaicos e não está inteiramente preparado para responder aos anseios da sociedade contemporânea¹. Essa realidade continua despertando o interesse dos estudiosos do processo civil nas possíveis soluções – já existentes em nosso ordenamento jurídico ou não – atentas ao modelo constitucional do processo civil² para dar à tutela jurisdicional a efetividade esperada pelos jurisdicionados. E nos dias atuais a comunidade jurídica elegeu o principal vilão que obsta a efetividade do processo: o processo repetitivo³.

Os efeitos da litigiosidade excessiva e da repetição desordenada de processos e de temas que tramitam no Poder Judiciário são nocivos à prestação da tutela jurisdicional. O excesso de trabalho gera uma degradação motivacional nos integrantes do Poder Judiciário e nos jurisdicionados, acentua o monocratismo das decisões dos tribunais e todas as conseqüências procedimentais daí decorrentes, em prejuízo ao juiz natural dos recursos que é o órgão colegiado, causa a demora na prestação jurisdicional, o

¹“Há ainda uma consciência difusa, embora nem sempre objetivamente fundamentada, de que ao notável progresso da ciência, e ao próprio grau de aprimoramento já atingido, no Brasil e alhures, pela legislação processual, está longe de corresponder, na proporção desejável, a evolução do nível qualitativo do serviço da Justiça”(JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Efetividade do processo e técnica processual”, p. 17).

² Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 92-95.

³ A atualidade do tema é incontestável: uma das grandes inovações trazidas pela Comissão que elaborou o Projeto de Novo Código de Processo Civil é o denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, que também será analisado no presente estudo.

empobrecimento do debate dos temas substanciais, a processualização da jurisprudência, a demora na formação da jurisprudência estável, um gigantismo dos tribunais e conseqüente aumento das divergências, a criação de obstáculos formais de conhecimento dos recursos, aumento do risco jurisdicional, perda da efetividade da prestação jurisdicional para a sociedade e o apressamento das sessões de julgamento nos tribunais, tão importantes para a formação de paradigmas maduros e debatidos ao extremo, entre outros efeitos⁴.

Além disso, o tratamento específico e adequado dado aos processos repetitivos, como faz a técnica de julgamento por amostragem, atende às exigências do modelo constitucional do processo civil, na medida em que proporciona (a) segurança jurídica ao ordenamento, impedindo a coexistência de decisões judiciais conflitantes, (b) celeridade e garantia de duração razoável do processo, pela racionalização do método de trabalho; e (c) isonomia entre os jurisdicionados, impedindo que tenham decisões distintas diante da mesma crise de direito material e igualdade entre os litigantes, proporcionando às partes a *paridade de armas*.

Diante disso, já há algum tempo os esforços legislativos têm sido no sentido de controlar a massa de processos, criando técnicas de processamento e julgamento dos processos que têm por objeto a mesma questão de direito (o que, como se verá neste trabalho, é conceituado como processo repetitivo), justamente para evitar os males que a repetição desordenada pode causar à prestação da tutela jurisdicional.

Busca-se, assim, racionalizar o método de trabalho do Poder Judiciário, dando tratamento adequado e sistematizado aos processos que se repetem de modo respeitar o modelo constitucional do processo civil, além de homenagear a economia processual, tudo em harmonia com as demais garantias constitucionais processuais, em especial do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O presente estudo pretende, desta forma, analisar as origens e causas do fenômeno da litigiosidade em massa que atingiu a sociedade brasileira e a forma pela qual influenciou a crise de administração da justiça e a morosidade do Poder Judiciário. O objetivo é compreender a origem social das crises de massa que em determinado momento

⁴ Todos esses efeitos foram observados e citados pelo Ministro SIDNEI BENETTI, em palestra proferida no salão nobre na faculdade de direito da Universidade de São Paulo em Seminário em homenagem ao Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.

histórico se transformaram na avalanche de processos repetitivos, que, atualmente, são o centro do problema da administração da justiça. Referida análise considera alguns fatores como a evolução da função desempenhada pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo de massificação das relações sociais decorrente das revoluções industriais, a histórica e negativa fama do Estado brasileiro de não cumprimento das decisões judiciais e desrespeito às garantias fundamentais dos cidadãos, além de outros eventos específicos, como as privatizações promovidas pelo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Posteriormente, adentrando-se nos aspectos processuais do problema, será constatado que o Código de Processo Civil, em vigência desde o ano de 1973, momento histórico marcado pelo regime ditatorial e pela submissão do Poder Judiciário aos demais poderes do Estado, em especial ao Poder Executivo, apesar de tecnicamente muito evoluído para a época em que foi promulgado, se mostrou incapaz de conter a explosão de litigiosidade que atingiu a sociedade brasileira a partir dos anos 80 do século XX. O despreparo da legislação processual, sem dúvida alguma, foi um dos responsáveis pela crise de administração da justiça vivida até os dias de hoje pela sociedade brasileira.

E em que pese a evolução, também a partir da década de 80 do século passado, do processo coletivo como instrumento de tutela adequada às demandas de massa, a realidade do Poder Judiciário mostra que referido subsistema, em que pese exercer essencial função na efetiva tutela dos direitos essencialmente coletivos e direitos individuais homogêneos, não se mostrou por si só eficiente para evitar a progressão dos efeitos nocivos ocasionados pela incapacidade técnica e estrutural do Poder Judiciário em atender o incontável número de litígios individuais e coletivos que dependem de sua intervenção, o que dá ainda mais importância ao estudo aprofundado das técnicas de processamento e julgamento de processos repetitivos, gênero do qual o julgamento por amostragem é espécie.

Assim, as técnicas processuais adequadas aos processos repetitivos, na qual se inclui o julgamento por amostragem, e que são resultado, sem dúvida alguma, das modernas tendências do processo civil brasileiro de coletivização da tutela jurisdicional e da constante valorização de precedentes judiciais e são voltadas a racionalizar o trabalho do

Poder Judiciário, se tornaram uma eficiente alternativa para o problema da morosidade e da patologia sistêmica ocasionada pela possibilidade de existência no ordenamento jurídico de decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntico tema, o que causa insegurança jurídica e fere a isonomia entre os jurisdicionados.

Neste sentido é que a amostragem enquanto técnica apta a dar trato coletivo a questão de direito comum a inúmeros processos (coletivização), fixando decisão paradigma a respeito da matéria aplicável diretamente aos casos sobrestados (valorização de jurisprudência) tem se mostrado bastante efetiva.

Também é de vital relevância para o estudo aqui desenvolvido a análise do direito comparado – tomadas as devidas cautelas e levando-se em conta as peculiaridades e a realidade de cada país – e o tratamento dado às demandas de massa, em especial na adoção das técnicas denominadas de “processo modelo”.

Posteriormente, serão analisados os arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, inseridos no ordenamento jurídico pelas leis n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006 e Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, respectivamente, e que inseriram a técnica de julgamento por amostragem nos tribunais superiores nos moldes atuais. A técnica será conceituada à luz da teoria geral do processo e também serão estudadas as premissas teóricas de sua adoção perante os tribunais superiores, bem como analisadas a fundo todas as suas peculiaridades práticas e teóricas.

Por fim, também será examinado o tratamento dado pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil aos processos repetitivos e à técnica do julgamento por amostragem, com destaque para o denominado “incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Busca-se, com o aprofundamento no estudo das técnicas adequadas às demandas de massa – em especial do julgamento por amostragem – e demonstração da importância de tais instrumentos para a efetividade da tutela jurisdicional, contribuir para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, não só evitar que os males causados pela dispersão de julgamento dos processos repetitivos à prestação da tutela jurisdicional se agravem, mas solucioná-los de uma vez, sempre tendo em vista os ideais de isonomia, celeridade e segurança jurídica, os quais, mesmo diante da evidente e

tão festejada evolução da ciência processual e seus instrumentos e técnicas no decorrer do último século, ainda estão distantes do programado pela Constituição Federal de 1988.⁵

⁵Nas palavras de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “nenhuma das fórmulas tentadas até hoje mostrou-se plenamente satisfatória, de modo que o ideal de uma “uniformidade contemporânea, que não exclua eventual diversidade sucessiva” continua a desafiar juristas e legisladores; no entanto, a preocupante realidade judiciária brasileira é grave o bastante para que os operadores do direito não devam esmorecer na busca daquele ideal, porque o direito não pode se realizar fora e além dos valores do justo e do equitativo”(*Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, p. 115).

CAPÍTULO II – LITIGIOSIDADE EM MASSA E O DESENVOLVIMENTO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA AOS PROCESSOS REPETITIVOS

§2. O contexto histórico da explosão de litigiosidade e as causas do abarrotamento do Poder Judiciário

2. A compreensão das premissas conceituais de adequação da tutela jurisdicional aos processos repetitivos pela análise da sociologia e ciência política

A compreensão da crise da administração da justiça e a conseqüente crise do Poder Judiciário, ambas decorrentes da crise do direito na sociedade moderna, passa necessariamente pela análise das alterações sociais que ocorreram em todo o mundo no decorrer do último século e é premissa fundamental para o estudo das técnicas processuais destinadas a dar solução adequada às demandas de massa. OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA já alertava que “o jurista que pretenda investigar esta questão – especialmente o processualista, a quem a crise do direito mais diretamente toca – ver-se-á forçado a abandonar o campo de sua especialidade, para aventurar-se nos domínios insondáveis da ciência política”⁶E não é só o campo da ciência política que deve ser analisado pelo processualista quando da análise do excesso de litigiosidade pela ótica processual. É a realidade social como um todo.⁷

Não há dúvida de que a origem da crise da administração da justiça e também do processo civil, bem como seu agravamento no decorrer dos anos estão relacionados a não adaptação da lei processual e da estrutura do sistema estatal de solução de controvérsias às alterações ocorridas na essência das relações de direito material e à realidade como um todo, tendo em vista a crescente diversidade de situações que

⁶ “Democracia moderna e processo civil”, p. 100. Complementa o autor: “devemos, então, tratar a crise do Direito que, em verdade, é antes de tudo crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, a premissa de que os fatores que a provocam e sustentam, encontram-se fora de seu domínio; ou decorrem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedades menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aparições das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial”(“Democracia moderna e processo civil, p. 99).

⁷ KAZUO WATANABE faz semelhante alerta: “Direito à melhor organização da Justiça, que envolva todos os aspectos mencionados, é dado elementar do direito de acesso à ordem jurídica justa. E melhor organização somente poderá ser alcançada com uma pesquisa interdisciplinar permanente sobre os conflitos, suas causas seus modos de solução e acomodação, a organização judiciária, sua estrutura, seu funcionamento, seu aparelhamento e sua modernização, a adequação dos instrumentos processuais, e outros aspectos de relevância. Já é passada a época em que os conhecimentos empíricos de dirigentes temporários do Poder Judiciário eram suficientes para a correta organização dos serviços da Justiça.”(“Acesso à justiça e sociedade moderna”, p. 135).

caracteriza a sociedade atual, de extrema complexidade, e o amadurecimento das instituições que compõem a sociedade atual. A boa utilização das técnicas processuais depende invariavelmente da compreensão do fenômeno como um todo.

Assim, diante da tão propalada crise do processo civil tradicional⁸, representado no ordenamento jurídico brasileiro em especial pelo Código de Processo Civil, vigente desde o ano de 1973⁹, aos processualistas tem sido necessário revisitar conceitos tradicionais e basilares da ciência processual e se despir dos preconceitos no desenvolvimento de instrumentos adequados à realidade social das massas, ignorada pelos mecanismos tradicionais de solução de conflitos.

Partindo-se de tais premissas, serão analisados de forma pormenorizada nos próximos itens (i) as origens da crise do direito na sociedade moderna e a evolução da função exercida pelo Poder Judiciário; (ii) a modificação na ontologia das relações sociais e a complexidade social daí decorrente; e (iii) a repercussão deste conjunto de alterações na rotina do Poder Judiciário.

3. O fenômeno da ascensão das massas e a evolução da função social do Poder Judiciário no Estado moderno

As características atuais da função judicante dentro do ordenamento jurídico brasileiro são consequência de um longo e conflituoso processo de amadurecimento da relação entre cidadãos e Estado, em especial desde o surgimento do Estado moderno (ou da primeira configuração de um Estado de direito¹⁰) com a revolução francesa, e da evolução das suas formas de atuação¹¹.

⁸ ARRUDA ALVIM já alertava no ano de 1988 que “o que se pode asseverar é que o instrumental clássico, conhecido como representativo da dogmática jurídica, tem-se evidenciado como insuficiente para a solução de muitíssimos dos problemas atuais, que agitam as sociedades contemporâneas”(A *arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 2).

⁹“No fundo, não seria o direito processual, como técnica de tratamento de conflitos sociais, que estaria submerso em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano”(OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “Democracia moderna e processo civil, p. 100).

¹⁰ PAULO BONAVIDES observa que “o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa”(Do *Estado Liberal ao Estado Social*, p. 42).

¹¹ ANDRÉ-NOËL ROTH, observa que “tradicionalmente admite-se que o Estado Moderno tomou duas formas principais: o Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a construir-se desde o final do século XIX até

As revoluções burguesas do século XIX e a ascensão da burguesia revolucionária ao poder trouxeram em seu bojo a doutrina do liberalismo, ideologia dominante na Europa continental desde a vitória da revolução francesa. O Estado Liberal foi sucessor dos Estados totalitários e do absolutismo, e justamente por conta disso suas premissas teóricas eram uma resposta da sociedade às arbitrariedades cometidas contra as liberdades individuais dos cidadãos pelos regimes anteriores.¹²

O Estado Liberal tinha no princípio da legalidade seu principal fundamento. A lei, única fonte legítima de direito¹³, era tida pelo parlamento – cuja representatividade popular era inquestionável – como o meio de proteção às liberdades individuais contra eventuais arbitrariedades que pudessem vir a ser cometidas pelo Estado, sendo utilizada, portanto, como uma forma de limitação do exercício do poder.¹⁴

A valiosa lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO ensina que “sem remontarmos épocas mais remotas, qual era o paradigma até aproximadamente a Primeira Grande Guerra? Era o paradigma da lei. Vindos dos traumas do absolutismo, os juristas de então viam, na lei, o direito. Para dar segurança, a norma devia ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência (*fattispecie*), abstrata, universal.”¹⁵

aproximadamente os anos 1970, anos desde os quais se considera em crise” (“O direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 16.). Vale, contudo, o esclarecimento feito por CELSO FERNANDES CAMPILONGO de que “os “quadros” até aqui montados (*A e B*), exclusivamente para efeitos didáticos, demarcam diferenças estanques entre as linhas relativas a cada tipo de Estado (*liberal, social e pós-social*). Evidentemente, na prática, essas separações são arbitrárias e artificiais. O mundo jurídico contemporâneo convive, simultaneamente, com as características de todos os modelos” (“Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p.45).

¹² “Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant” (PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 41).

¹³ Por ser a lei a única fonte legítima do direito, é no contexto histórico do Estado Liberal que aflora a doutrina do positivismo jurídico. (Cfr. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 198).

¹⁴ NORBERTO BOBBIO assevera que “do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. (*Liberalismo e democracia*, p.19). Para PAULO BONAVIDES, “o Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade” (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 41).

¹⁵ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “O direito pós-moderno e a codificação”, p. 57-58.

Os ideais e princípios liberais eram baseados, exclusivamente, na concepção individualista do cidadão enquanto integrante de um corpo social¹⁶ e no denominado “sistema de limites e garantias”¹⁷. O direito se limitava a regulamentar as relações intersubjetivas e a dos cidadãos com o Estado. As premissas adotadas pelo Estado Liberal, em especial o destaque dado ao princípio da legalidade, atingiam todos os ramos do direito¹⁸, tendo também influenciado decisivamente a ciência do processo civil e as leis elaboradas naquele determinado momento histórico¹⁹.

A divisão estanque e equitativa de funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, fruto da doutrina de Montesquieu²⁰ que inspirou o Estado Liberal, na realidade não existia dentro daquela concepção de Estado. A importância dada ao legalismo tornava o Poder Legislativo, representante maior da vontade do povo, predominante sobre os demais poderes, o que, conseqüentemente, afetava e limitava o exercício da função jurisdicional, cuja função era única e exclusivamente de aplicação da lei ao caso concreto²¹.

¹⁶ CELSO FERNANDES CAMPILONGO, em estudo cujo objetivo é analisar os desafios da adequação do Poder Judiciário às peculiaridades da sociedade moderna, afirma que “a cidadania liberal trabalhava na perspectiva da tutela legal dos direitos individuais: uma cidadania restrita aos proprietários”(“Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 30).

¹⁷ Expressão utilizada por JOSÉ EDUARDO FARIA em “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, p. 55.

¹⁸ Para uma análise mais aprofundada da influência do Estado liberal no direito civil, conferir LUCIANO BENETTI TIMM, *O novo direito contratual brasileiro*, p. 37, no qual o autor esmiúça as características do que é por ele denominado de modelo liberal do contrato.

¹⁹ MAURO CAPELETTI e BRYANT GARTH ressaltam que “nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante (*Acesso à justiça*, p. 9). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA também observa que “a ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individual. Era natural que o *Zeitgeist* impregnasse a doutrina e a maioria das grandes codificações oitocentistas. Naquela e nestas avultava como traço característico o papel passivo atribuído ao juiz, assim como se queria o Estado alheio, na economia, ao livre jogo das forças do mercado (*laissez faire*), também se propugnava para o órgão judicial, posição de distanciamento em face da luta entre as partes, reservada a estas, com exclusividade, não só a iniciativa do processo, mas a introdução de elementos probatórios e, em boa medida, a própria condução do feito”(“Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil”, p. 7).

²⁰ Em geral, a obra *O Espírito das Leis*.

²¹ É a lição de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. Para ao autor, “a primeira dessas leituras consiste na equivocada avaliação de que na França pós-monárquica se concebesse e se praticasse uma verdadeira distribuição equitativa de atribuições entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quando em verdade se sabe que: (i) o Legislativo era o Poder predominante, representando *La volonté générale du peuple*, embora despojado dos exageros do *ancien régime*, estigmatizado na declaração monárquica – *l’État c’est moi*; (ii) o Executivo vinha a seguir, encarregado da aplicação das normas postas no ordenamento, a par das correlatas atribuições de fiscalização (poder de polícia da Administração); (iii) em terceiro plano, equidistante dos dois centros de Poder, vinha o Judiciário, ao qual sequer era dado

Assim, no modelo de divisão de poderes adotado pelo Estado Liberal, a atuação do Poder Judiciário se limitava a subsunção do fato a norma. Não havia qualquer espaço para interpretações extensivas e criação do direito pelos magistrados. O Poder Judiciário, dentro do contexto de extrema importância dada ao princípio da legalidade e conseqüentemente aos legisladores – elaboradores das leis – era reconhecidamente obediente ao Poder Legislativo.²²

Em decorrência disso, a atuação dos magistrados era extremamente engessada. Novamente a lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, para quem “como garantia de impessoalidade, o papel do juiz, por isso mesmo, era visto como passivo (o juiz era somente a boca da lei, “la bouche de la loi” – Montesquieu); a sentença, um mero silogismo, cuja premissa maior era o imperativo hipotético do texto legal (“se A é, segue-se B” – se matar, pena de prisão); a premissa menor, o fato (“A é, ou seja, fulano matou) e a conclusão, a decisão (logo, “segue-se B” – fulano deve ser preso). A função do juiz era a de um autômato; bastava verificar se havia ocorrido o fato previsto na lei e, se sim, impor a conseqüência.”²³

E essa posição de verdadeira subordinação do Poder Judiciário nada mais era do que uma conseqüência da forma como era prestada a tutela jurisdicional no regime anterior ao liberal, já que “os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação trazida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime”²⁴

interpretar as leis, restando-lhe apenas aplicá-las em sua literalidade, assim atuando como *La bouche qui prononce les paroles de la loi*”(A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito, p. 285).

²² “No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação de poderes, a criação do direito era tarefa única do legislativo”(LUIZ GUILHERME MARINONI, *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, p. 27). JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI assevera que “perante a lei, a jurisprudência deveria ceder, certamente para evitar qualquer dúvida quanto ao monopólio da função legislativa que deveria ser exercitada exclusivamente pelo poder legislativo, sem ingerência de qualquer outro, em particular do poder judicial”(Precedente judicial como fonte do direito, p. 197).

²³ “O direito pós-moderno e a codificação”, p. 58.

²⁴ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, p. 28. Observa ainda o autor, neste mesmo trecho, que “não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto”. ARRUDA ALVIM também

Diante da declarada intenção do Estado Liberal de manutenção dos ideais de igualdade entre os cidadãos e liberdade, as leis deveriam ser elaboradas de forma genérica e abstrata, sem que houvesse possibilidade de discriminar qualquer cidadão. A intenção era a proteção à igualdade formal, frise-se, sem que houvesse qualquer possibilidade de influência do Poder Judiciário nessa realidade.²⁵ A pretensão era a de que as leis e os Códigos poderiam ser dotados da completude necessária para a solução de todos os litígios sociais e, portanto, ao juiz só cabia aplicá-los ao caso concreto.

E foi justamente nesta conjuntura e como consequência da ideologia adotada na relação entre os poderes é que foram criados os Tribunais de Cassação, característicos dos países europeus continentais e nos quais foram inspirados os tribunais de superposição brasileiros²⁶, cujas funções serão mais profundamente exploradas no item 31 *infra*. Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, “instituídos, após a queda do *ancien régime*, para a defesa de uma legalidade com que, política e normativamente, se passou a identificar o direito, os supremos tribunais da generalidade dos países europeus continentais tinham caráter de instâncias apenas de cassação: não julgavam, fiscalizavam simplesmente a obediência à lei nos julgamentos de instâncias”²⁷

Este era o modo de atuação do Poder Judiciário dentro do contexto do Estado Liberal. Completa submissão aos demais poderes e função limitada ao estabelecido pelo texto legal, sem qualquer pretensão interpretativa.

As revoluções industriais ocorridas no final do século XIX e os todos os turbulentos acontecimentos sociais daí decorrentes escancararam as fraquezas das premissas do modelo de atuação do liberalismo e do Estado Liberal, em especial da falsa

destaca “o papel inanimado do juiz, diante da desconfiança em relação ao papel dos juízes no *Ancien Régime*, de tal forma que haveria de prevalecer a letra da lei”.(*Manual de direito processual civil*, p. 77).

²⁵ Cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, p. 29. Importante a ressalva feita nesta passagem, no mesmo sentido aqui lembrado, de que “o Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais”.

²⁶ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, tratando da origem dos tribunais superiores brasileiro, observa que “tiveram origem nos tribunais de *cassação*, criados em consequência da Revolução Francesa, tendo por fundamento a doutrina da divisão de poderes, ou *separação de poderes*, e, conseqüentemente, o princípio da supremacia da lei e do Poder Legislativo, como sua fonte exclusiva”(“A função dos tribunais superiores”, p. 285).

²⁷ *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, p. 646.

sensação de isonomia proporcionada pela simples garantia da igualdade formal dos cidadãos perante a lei.

Os conflitos sociais surgidos da evolução do capitalismo no período pós revolução industrial e da tormentosa relação entre capital e trabalho, da marginalização social, do êxodo rural e conseqüente crescimento desordenado dos grandes centros urbanos, além do surgimento e fortalecimento dos sindicatos e outras formas de associação trouxeram à tona a ineficiência dos dogmas da doutrina liberal para os novos tempos e para a nova realidade social, em especial para a manutenção do controle da paz social, função primordial do Estado.²⁸

ARRUDA ALVIM destaca que “no continente europeu, provavelmente já na década de 20 ou antes, era detectável o fenômeno da ascensão das massas, no sentido de que, com essa ascensão, já se percebia a turbulência social que envolvia e acompanhava o fenômeno. Aquelas ascensões da marginalização social, principalmente, como já referido, por causa da Revolução Industrial, com o que, deixando de *integrar* o rol dos que se encontravam nas periferias das sociedades e respectivas civilizações, não alcançadas, de fato, pelo aparato do Estado, *iniciaram um processo para “forçar” a entrada nos quadros*

²⁸“O edifício teórico liberal subverte-se na prática capitalista, manifestando toda sua face opressora, em princípio, no campo das relações de trabalho, em que a igualdade formal entre patrões e empregados, desequilibrados pela disparidade de forças, conduz a um contexto contratual de exploração que afeta a essência do sistema. Essa face deformada evolui para outras relações contratuais, atraindo para a cena legislativa a necessidade de que a lei corrija os desequilíbrios entre os agentes nas relações privadas. Tal conjuntura de correção conduz o ato legislativo à contingência da igualdade substancial e da justiça nas relações contratuais. E nessa linha, em que a lei se abre ao valor “justiça”, problematiza-se o esquema teórico de sua aplicação, pois a medida do *justo* não escapa da discricionariedade do julgador. E então o juiz já não pode atuar como instrumento neutro do ordenamento jurídico”(RUY ZOCH RODRIGUES, *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 26). Analisando a influência de tais alterações sociais na regulamentação do direito privado, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIM, CLAUDIA LIMA MARQUES e LEONARDO ROSCOE BESSA observam que “a primeira cisão ou fratura do direito, no início da modernidade, foi justamente esta sua incapacidade de dar respostas à questão social no direito privado, o conflito capitalista-trabalhador, que acabou dando vazão a mudanças profundas na legislação civil e deu azo ao aparecimento da legislação trabalhista e previdenciária. Mas a questão social aprofundou-se com a segunda revolução industrial, assim como os conflitos entre fortes e fracos, em especial a massificação das contratações (agora realizadas por contratos de adesão e condições gerais contratuais), conflitos entre o detentor de informações sobre o produto e o serviço e o leigo-consumidor, criados por esta distância entre fabricantes e consumidor, pela despersonalização e massificação dos contratos”(Manual de direito do consumidor, p. 44).

dos melhores da civilização, com o que se colocou, de um lado, a insuficiência do aparato estatal, e bem assim do sistema tradicional”²⁹

Assim, o “fenômeno de ascensão das massas”³⁰ supracitado escancarava a crise profunda que seria enfrentada pelo direito como um todo, na medida em que aos cidadãos marginalizados – que pretendiam fazer valer a promessa de igualdade, recebendo tratamento igualitário ao da camada favorecida da sociedade – era necessário dar um novo tratamento ante a ineficiência do modelo liberal. Percebeu-se que o tratamento genérico e abstrato dado aos cidadãos pelas leis produzidas pelo Estado Liberal para garantia da igualdade formal não mais respondia às necessidades sociais, sendo necessária a intervenção estatal nos campos social e econômico para manutenção do bem-estar social.³¹

Não bastava que o Estado protegesse o indivíduo de suas próprias arbitrariedades por meio do sistema de pesos e contrapesos. A evolução das relações sociais tornou necessária a intervenção do Estado em prol do equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a marginalização daí decorrente, típica do regime capitalista, que afetava

²⁹ *Manual de direito processual civil*, p. 84. Destaca ainda ARRUDA ALVIM, em outra obra, que “possivelmente, o fato mais marcante neste século pode ser apontado como sendo a chamada “ascensão das massas”, fato este que – segundo Ortega y Gasset, na década de 20 – afeta(va) toda a Europa, fosse para o bem ou para o mal. E essa ascensão foi representada – entre outros aspectos – pelo acesso das massas ao poder social.” (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*, p. 1).

³⁰ ARRUDA ALVIM ainda destaca que o fenômeno da ascensão das massas não é exclusivamente europeu, apesar de ter acontecido posteriormente na América Latina. Para o autor, “este fenômeno não é estranho aos países da América Latina, *mutatis mutandis*, ainda que protraído no tempo, ou seja, especialmente, a contar de uma ou duas décadas depois da Segunda Guerra Mundial, o que se explica pelo descompasso do desenvolvimento do capitalismo em nosso continente, o que estabeleceu momentos mais tardios para a ocorrência de tais reivindicações sociais e respectivas conseqüências.” Mais especificamente com relação ao Brasil, “*simultaneamente e ao lado* do fenômeno da ascensão das massas, verificou-se com incrível intensidade, um desdobramento com gravidade cumulativa, ou seja, a vinda desses “peregrinos ascendentes” em verdadeiras populações para os grandes centros; vale dizer, houve ascensão social ou, *mesmo quando não ocorreu, ainda assim, houve aglutinação nos grandes centros*. É um fenômeno que subsiste, diante de fluxo contínuo para os grandes centros. Criaram-se megalópoles, as quais, correlatamente, vieram vertiginosamente a perder qualidade de vida.” (*Manual de direito processual civil*, p. 85).

³¹ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO observa que “após a primeira guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com uma justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado agindo sem peias, levaram à visão de que a lei - rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida – antes de útil instrumento da justiça, era um obstáculo a ultrapassar. O paradigma termina, pois, por mudar; os juristas deixaram de examinar as questões pelo ângulo da lei e passaram a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do juiz (encarado como um representante do Estado)” (“O direito pós-moderno e a codificação”, p. 58).

diretamente a condição social dos cidadãos³². Neste contexto histórico é que surge um novo modelo de atuação do Estado, denominado Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*), propagando a idéia de igualdade substancial, doutrina esta influenciaria fortemente toda a legislação posterior para fins de promoção da justiça social³³.

O modelo de atuação do Estado Social, diferentemente do antecessor, sempre foi fortemente preocupado em proporcionar condições dignas de sobrevivência digna aos cidadãos, criando alternativas para efetivar os chamados direitos fundamentais, tanto que passa a incorporá-los no direito positivo. E o fenômeno de ascensão das massas e conseqüente aumento da conflituosidade social geram uma crise em todos os campos do direito, habituados a regulamentar relações paritárias entre os cidadãos em um ambiente de livre contratação e igualdade formal, realidade esta que, como já observado, influenciava o processo civil.³⁴

Também é neste momento histórico que é notada a insuficiência da lei e das codificações para a regulamentação de todas as situações sociais sem que houvesse qualquer lacuna no direito posto, prática esta característica da doutrina liberal. O sistema adotado pelo Estado Liberal não mais se sustentava diante da diversidade e complexidade das relações sociais e da sociedade como um todo. Seria impossível imaginar que a lei pudesse prever e regulamentar todas as futuras condutas humanas, sendo certo que o

³² “A destruição rápida das solidariedades tradicionais, familiares e territoriais, obrigou, o Estado a intervir cada vez mais, desde o último quarto do século XIX e, sobretudo, desde a Primeira Guerra Mundial, nos campos econômico e social”(ANDRÉ-NOËL ROTH, “O direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 17).

³³ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS assevera que “a segunda condição social do interesse da sociologia pelo processo e pelos tribunais é constituída pela eclosão, na década de 60, da chamada crise da administração da justiça, uma crise cuja persistência somos hoje testemunhas. Esta condição está em parte relacionada com a anterior. As lutas sociais a que fiz referência aceleraram a transformação do Estado liberal no Estado-Providência, um Estado activamente envolvido na gestão de conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas. A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais, e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance.” (*Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 165).

³⁴ ARRUDA ALVIM destaca que “possivelmente um dos setores mais modificados, no direito privado, foi o obrigacional. E, na raiz das modificações operadas no direito obrigacional – segundo pensamos – encontra-se em escala apreciável os mesmo fenômenos que levaram à necessidade de reequacionamento dos instrumentos processuais, motivadas aquelas e estes pelo mesmo valor axiológico: um *reequilíbrio* dos que se defrontam na ordem jurídica”. (*Manual de direito processual Civil*, p. 84).

sistema precisava de alternativas para tornar o direito positivo, de certa forma, mais dinâmico.³⁵

Essa alteração do modo de atuação do Estado e a crise do direito como um todo influenciaram a forma de atuação do Poder Judiciário, que, se antes simplesmente se utilizava da hermenêutica liberal de mera subsunção do fato a norma, passou a ter de interpretar a lei de forma valorativa e sociológica³⁶ com o intuito de resguardar os direitos sociais dos cidadãos e promover o Estado de bem-estar social.³⁷ Adquire, portanto, papel essencial na dinâmica social para promoção da igualdade social e do respeito aos direitos sociais positivados.

A nova forma de exercício da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário teve consideráveis conseqüências na rotina da justiça, uma vez que os conflitos sociais decorrentes das novas, conturbadas e complexas relações sociais passam a tomar corpo e o Poder Judiciário, diante de sua nova função, passa exercer verdadeiro papel de mediador das crises surgidas neste contexto. É exatamente este o momento histórico no

³⁵ Uma das conseqüências desta constatação foi a utilização pelo legislador das chamadas cláusulas gerais. A respeito, JUDITH MARTINS COSTA pondera que “as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa, características da segunda metade deste século, época no qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado [século XIX] – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana -, foi radicalmente transformado, de forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiada”(“O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro”, p. 27).

³⁶ ARRUDA ALVIM observa que “somente perto do fim do século veio a admitir-se a interpretação sociológica”. E complementa o autor, observando que “foi somente na altura de 1880 que se falou, pela primeira vez, em interpretação teleológica (Binding, Wach, Kohler), com o que a hermenêutica veio a reconhecer *mais espaço interpretativo ao juiz*”.(Manual de direito processual civil, p. 77 e nota de rodapé 94).

³⁷ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI também faz a ressalva de que “como a experiência mostrava que o ordenamento jurídico possuía lacunas e, com alguma freqüência, era insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador, a atuação do intérprete passava necessariamente a desempenhar função integrativa.”(Precedente judicial como fonte do direito, p. 202). CELSO FERNANDES CAMPILONGO lembra que “a passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do Estado de Direito com o chamado Estado de Bem-Estar Social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais” (Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr.). A Força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista”(“Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico”, p. 45-46).

qual se inicia a crise de administração da justiça que até hoje perdura em diversos países³⁸. A explosão de litigiosidade, dentre outros fatores que serão explorados nos próximos itens, decorre da conscientização dos cidadãos dos direitos e garantias a eles asseguradas pelo ordenamento jurídico e da possibilidade de fazê-los valer pela utilização do Poder Judiciário.³⁹

O Estado socialmente engajado e protetor, contudo, também tem se demonstrado no decorrer do tempo desequilibrado diante da complexidade das relações sociais na sociedade moderna. O contexto de crise deste modelo se deve muito a crise de legitimação sofrida pelo Poder Executivo e o Poder Legislativo na sociedade contemporânea. E na crise de legitimação dos Poderes, começam a se destacar o que CELSO CAMPILONGO denomina de “novos atores sociais”, que são os movimentos sociais não estatais que utilizam o Poder Judiciário como forma de instrumento para respeito às garantias e direitos fundamentais, o que faz com que ambos (Poder Judiciário e novos atores sociais) passem a desenvolver papel de protagonista na garantia dos referidos direitos.⁴⁰

Esta também é a constatação de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, para quem “o fenômeno, sem precedente na História, do crescente “apelo ao juiz”, a

³⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS observa que “esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimção caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc., etc. (...). De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce-se que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão económica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior.” (*Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 166)

³⁹ “O grave é, porém, que muitos desses direitos não são honrados, de todo ou parcialmente (confira-se, a propósito, o que tem ocorrido nas áreas previdenciária e de infortúnica), o que tem gerado conflito de interesses, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário.” (KAZUO WATANABE, “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, p. 130).

⁴⁰ “O descrédito de partidos, casas legislativas e processos eleitorais – fato pernicioso para a democracia (...) e o enfraquecimento dos sindicatos significam uma reviravolta nas práticas políticas e nos mecanismos de conquistas de direitos e alargamento da cidadania.” (“Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico”, p. 32). Parte da doutrina denomina essa nova fase de *Estado pós-social* (CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 32), que adota uma “dimensão organizacional” mais reduzida na medida em que suas decisões políticas e jurídicas são pautadas pela economia e denominados “atores sociais” aparecem com relevante destaque, como os bancos, entidades de classe e sindicatos. Sobre o tema ver também JOSÉ EDUARDO FARIA, *O direito na economia globalizada*, p. 178).

transformar, como disse Fritz Baur, o Estado de Direito em verdadeiro “Estado de tutela judicial”, oferece um aspecto de singular ilogicidade, porquanto a busca crescente da tutela processual, a invadir áreas antes excluídas dessa forma de proteção estatal, ocorre precisamente no momento em que predomina um sentimento generalizado de desconfiança e repúdio contra o Estado.”⁴¹.

Assim é que o Poder Judiciário passa a exercer papel diferenciado dentro da sociedade como meio de dar efetividade aos direitos sociais, tendo que se adaptar à nova realidade, o que agravaria ainda mais a crise de administração da justiça que já havia se iniciado como consequência do modelo intervencionista, uma vez que inexistiam instrumentos adequados tampouco investimento estrutural para referida adaptação.

O ímpeto de promover a igualdade e proporcionar ao cidadãos os direitos e garantias fundamentais por meio de um modelo excessivamente intervencionista em diversos setores, em especial o econômico, foi prejudicial ao próprio desenvolvimento econômico dos Estados, muito por influência da globalização, que revolucionou o conceito de soberania estatal e os dogmas nos quais eram baseados o modelo social⁴². O Estado Social, no modelo como idealizado, também entrou – ou ainda está – em crise.

E os resquícios de crise da administração da justiça não só persistem como se agravam, na medida em que os conflitos sociais crescem permanentemente, até pelo natural crescimento populacional, influenciando diretamente no volume de litígios levados ao Poder Judiciário.⁴³ A função deste poder, então, passa a ser ainda mais

⁴¹ “A função dos tribunais superiores”, p. 294.

⁴² “A crise atual do Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos em pé há um século, já não funcionam (...). Uma das principais causas, se não for a principal, dessa crise de regulação, encontra-se no fenômeno da globalização (ainda mais acentuada pela queda do Bloco Socialista, que tinha reduzido a autonomia dos Estados nos aspectos jurídicos, econômicos, políticos e militares de sua soberania). Essa interdependência dos Estados influi sempre mais na definição das políticas públicas internadas de cada Estado” (ANDRÉ-NOËL ROTH, “O direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 17-18).

⁴³ BRUNO DANTAS, analisando a explosão do número de recursos direcionados ao Supremo Tribunal Federal, observa que “fenômenos semelhantes foram experimentados em diversos países, como Itália, Espanha, Argentina e Alemanha, o que nos faz crer que o problema é mundial e decorre, fundamentalmente, de um lado, da estrutura econômica que estimula o conflito de interesses, que põe em xeque as relações jurídicas estabelecidas, o que parece ter sido ocasionado pela drástica mudança de um modelo agropastoril, prevalecente até o início do século XX, para a sociedade industrial, e, posteriormente, para a sociedade de informação, e, de outro, a mudança de paradigma consubstanciada no paulatino distanciamento dos ideais do liberalismo econômico e aproximação do *welfare state*, com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e nas relações privadas, de modo a perseguir os interesses

complexa. Além de todos os conflitos sociais que naturalmente desembocam no sistema estatal de solução de controvérsias, ao Poder Judiciário foi dada (de forma até exacerbada) a incumbência de fiscalizar o próprio Poder Público no cumprimento da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, regulando assim a atividade dos atores sociais quando incitado a tanto para fazer valer referidos direitos.⁴⁴

Trazendo a discussão para o tema central deste estudo e para a realidade brasileira, a transição para o Estado Social⁴⁵ e o fenômeno da explosão de litigiosidade e crise de administração da justiça passa a ser sentida mais concretamente após o fim do regime ditatorial e tem seu ápice após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, pelo trauma da supressão de liberdades e garantias individuais decorrente do regime anterior, é extremamente protecionista, valorativa, repleta de valores, conceitos vagos, normas programáticas e, além de constitucionalizar inúmeros direitos e garantias fundamentais, trata de matérias que não são propriamente constitucionais e prevê efetiva participação do Estado na economia e no mercado⁴⁶

gerais da coletividade.”(*Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*, p. 84-85).

⁴⁴ “os “novos atores” não demonstram a menor disposição, num país iniquitatório como o Brasil, de livrar o Estado das obrigações decorrentes da cidadania social. Portanto, especialmente os setores mais fragilizados da sociedade – com menos capacidade de conflitos, organização e luta pela garantia de seus direitos – continuarão vendo na magistratura, cada vez mais, uma instituição para a afirmação de seus direitos”(CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 33). Na mesma linha, ADA PELLEGRINI GRINOVER definindo a atuação dos “grupos intermediários”, observa que “o reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmam grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.”(“Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, p. 18).

⁴⁵“O esquema de evolução dos direitos formulado por Marshall pressupõe concepções de cidadania muito específicas e pouco relacionadas com a realidade social brasileira. Entre nós, o processo que vai dos direitos civis aos políticos e destes aos direitos sociais não foi nem linear nem cumulativo. Ao contrário, de modo imperfeito, truncado e simultâneo, a luta pela cidadania desenvolveu-se e desenvolve-se em todas essas frentes. O problema de países centrais e periféricos é o mesmo: combinar essas três gerações de direitos” (CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 33).

⁴⁶ Para ELIVAL DA SILVA RAMOS, tais características “não permitem dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é o de padrão liberal clássico e sim o do welfare state:

A evolução da função social exercida pelo Poder Judiciário dentro dos modelos de atuação do Estado, figurando desde o início da vigência da Constituição Federal de 1988 como ente *verdadeiramente* legitimado a dar proteção de forma mais efetiva aos direitos sociais constitucionalizados⁴⁷, somada a conscientização dos cidadãos de que a eles eram garantidos inúmeros direitos e garantias fundamentais que eram desrespeitadas pelo próprio Estado – em especial pelo Poder Executivo⁴⁸ –, acarretaram em um aumento significativo no nível da litigiosidade social.

Em suma, no caso brasileiro, todos os fatores supracitados se aliam para a explosão de litigiosidade na sociedade contemporânea: as peculiaridades da estrutura normativa da Constituição Federal vigente⁴⁹, a fracassada atuação estatal para garantia dos

os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos e prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico, *stricto sensu*, assegurados ao Poder Público, abrangendo desde o exercício direto de atividades econômicas que, a princípio, seriam reservadas à iniciativa privada, até o planejamento e direção da economia, aparelhado por medidas monetárias, cambiais, creditícias e de incentivo ao investimento à produção (sem contar os mecanismos individuais, tais como a tributação e o consumo de bens e serviços pelo Estado), além dos poderes regulatórios em relação ao mercado”(Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos, p. 269).

⁴⁷ ELIVAL DA SILVA RAMOS observa, com relação à realidade brasileira, que “ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.”(Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos, p. 271).

⁴⁸ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observa que, dentre os fatores institucionais que influenciam na demora da prestação jurisdicional, “impõe reconhecer que, em nosso país, presume-se a solução de reiteradas e profundas crises econômicas mediante a edição de legislação intervencionista e emergencial de última hora – quase sempre em antinomia ao *ius positum* – fator que, via de regra, gera uma proliferação generalizada de demandas entre particulares e entre estes e o Estado. A demora na tutela jurisdicional no âmbito de competência da Justiça Federal de primeiro grau é a mais expressiva prova dessa afirmação...”(Tempo e processo, p. 101).

⁴⁹ A constitucionalização de inúmeros direitos e garantias fundamentais também pode ser apontada como uma das causas da massificação dos litígios, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, BRUNO DANTAS observa que “pagamos o preço de ter uma Constituição analítica, que se imiscui em diversos assuntos que teoricamente não constituem matéria de sua alçada. Esse fato, porém, é justificável, dada a nossa história recente de desrespeito aos direitos fundamentais. Era necessário estabelecer uma cultura democrática, o que foi feito mediante o acréscimo, no texto constitucional, de questões que poderiam perfeitamente ser retratadas em leis ordinárias ou complementares”(Repercussão Geral. Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado, p. 85).

direitos constitucionalizados e o quadro de extrema desigualdade social marcante da sociedade brasileira, além das inúmeras crises políticas e econômicas constantes no país⁵⁰, o crescimento da conscientização dos cidadãos⁵¹ e do campo de atuação aos “novos atores sociais” e a legitimação do Poder Judiciário – que deixou de exercer a atividade hermenêutica limitada pela influência do Estado liberal e pela submissão ao Poder Executivo no decorrer do regime ditatorial para também exercer verdadeira função política⁵²- na imposição aos demais poderes de desenvolvimento de políticas públicas e de respeito aos direitos e garantias fundamentais decorrentes da nova ordem constitucional, como o direito à saúde, educação, bem-estar social, garantidos aos cidadãos pela Constituição Federal de 1988.⁵³

⁵⁰ Analisando o modelo de atuação do Estado brasileiro, KAZUO WATANABE, já no ano de 1988 asseverava que “acentuam os cientistas políticos que o Brasil é um país marcado por contradições sociais, econômicas, políticas e regionais. O intervencionismo estatal, que vem assumindo relevo cada vez maior, é muito mais resultante dessas contradições do que de uma estratégia bem traçada de algum partido político ou de um grupo ideológico incrustado no poder.” (“Acesso à justiça e sociedade moderna”, p. 129). Neste sentido também é a lição de CELSO CAMPILONGO, para quem “as dificuldades econômicas – “pacotes”, inflação, crise fiscal do Estado, por exemplo – aliadas à desagregação social (violência urbana, recrudescimento da miséria e pauperização da classe média), também concorreram para o aumento de responsabilidades do Judiciário em face de uma conflituosidade cada vez mais explosiva” (“Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico”, p. 30).

⁵¹ Analisando as causas da demora na prestação da tutela jurisdicional, e dentre os “fatores derivados da insuficiência material”, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observa que “deve também ser reconhecido que, com a promulgação da Constituição Federal, era previsível que a idéia de cidadania fosse disseminada. Esse fato notório, resultante da aguda conscientização da titularidade de direitos de cidadão e de consumidor, implicaria – como implicou – um formidável aumento de litígios de conotação individual e coletiva: cada vez mais a sociedade afluí aos tribunais para obter a satisfação de pretensões que, há pelo menos duas décadas, não se pensava serem tuteláveis.” (*Tempo e processo*, p. 108). O Ministro LUIZ FUX, em trabalho recente no qual comenta o Projeto de Novo Código de Processo Civil, ao analisar os fatores de morosidade na prestação da tutela jurisdicional, assevera que “a segunda causa detectada foi a litigiosidade desenfreada advinda, paradoxalmente, da conscientização da cidadania exurgente da Carta pós-positivista de 1988. O povo que passa a perceber os direitos que tem, também se lança no exercício desses direitos a partir do momento em que adquire a ciência do instrumental jurídico colocado à sua disposição.” (“O novo processo civil”, p. 5-6).

⁵² JOSÉ EDUARDO FARIA aponta que “se a solução judicial de um conflito judicial é em sua essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, toda interpretação, toda aplicação e todo julgamento de casos concretos sempre têm uma dimensão política; por conseguinte, a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na prática, um poder exclusivamente técnico, profissional e neutro. (“As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, p. 56).

⁵³ “Os problemas relativos aos atores e às estruturas normativas, aqui arrolados de modo apenas tópico e sumário, facilitam a compreensão do fenômeno da “explosão da litigiosidade”. Não há motivos para acreditar que a multiplicação dos sujeitos e objetos de tutela jurídica ou a maior complexidade dos sistemas normativos esvaziem ou descartem a relevância do Judiciário. Os

Em decorrência da crescente busca pela tutela jurisdicional se agrava a crise de administração da justiça, que ainda hoje perdura em nosso país. E o Poder Judiciário não estava preparado, estruturalmente e tecnicamente, para atender à demanda social pela jurisdição, que à época era e ainda é bastante elevada, até porque a tutela jurisdicional era prestada por meio do aparato tradicional, em especial pelo Código de Processo Civil de 1973 que não se mostrava - e ainda não se mostra - inteiramente preparado para receber e decidir essa quantidade infinita de pretensões, muitas delas fundadas em questões de direito idênticas⁵⁴. O despreparo da legislação processual aliado à falta de estrutura do Poder Judiciário gerou enorme desorganização administrativa⁵⁵ e afetou a qualidade do serviço prestado, o que ainda persiste nos dias atuais.⁵⁶

descompassos entre o “tempo” do processo judicial e o “tempo” das modernas transações mercantis, os desajustes entre a aplicação de regras jurídicas nacionais e as necessidades da internacionalização do processo produtivo, e o fortalecimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos jurídicos – a “desinstitucionalização do conflito- não são sinais reveladores da “inutilidade da magistratura. Mas são indicadores da urgência: da revisão de procedimentos; da mudança na formação. Do incremento da operacionalidade do Poder Judiciário. (...) O Judiciário brasileiro é um exemplo, a confirmar a tendência que parece mundial, de aumento incessante e desmesurado da demanda social pela prestação jurisdicional”(CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 44).

⁵⁴ Essa também parece ser a opinião de THOMAS KILLIAN a respeito do ZPO (Zivilprozessordnung) no direito alemão. As técnicas lá previstas não estão adequadas à realidade das demandas de massa, já que o ZPO não foi concebido, com exceção das situações de litisconsórcio, para processos com mais de duas partes. No original: “Entschieden sich die Geschädigten hingegen trotz des wirtschaftlichen Risikos für eine Klageerhebung, wurde ihnen in der Vergangenheit die Rechtsdurchsetzung dadurch erschwert, dass die ZPO auf die Geltendmachung von Individualansprüchen in Einzelverfahren, d.h. auf einen Zwei-Parteien-Prozess, zugeschnitten ist. Für Massenklagen ist die ZPO hingegen nicht konzipiert. Deshalb ermöglicht sie eine kollektive Durchsetzung gleichgerichteter Gläubigerinteressen nur in wenigen Fällen und auch in diesen nun für einen vergleichsweise kleine Kreis von Parteien.”(*Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMug*, p. 21-22).

⁵⁵ Vale ressaltar a crítica feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER, que no ano de 1991 já afirmava que “tem sabor de lugar-comum a afirmação de que o crescimento do Estado moderno, com sua inevitável tendência ao intervencionismo, tem-no levado a um inchaço exagerado, inelutavelmente acompanhado de ineficiência crônica. Disso não se salva o Poder Judiciário, cada vez mais pesado em suas estruturas e menos ágil em seu desempenho. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.”(“A crise do Poder Judiciário”, p. 21).

⁵⁶ A respeito do tema, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, examinando o papel das ações coletivas no contexto sócio-jurídico do mundo contemporâneo, em análise em perfeita consonância com a adoção de técnicas adequadas às demandas repetitivas, observa que “o Poder Judiciário possui a função precípua de resolver as lides existentes na sociedade. Essa tarefa, por vezes, não é das mais fáceis, tendo em vista não apenas a complexidade das causas, mas, principalmente, nos dias de hoje, a quantidade de processos e a limitação dos recursos humanos e materiais disponíveis para a pretendida tarefa judicante. O resultado é a piora da prestação jurisdicional, tanto sob o aspecto do tempo como da qualidade.”. Afirma ainda que “o direito processual, assim, deve estar preparado para enfrentar uma

É neste sentido, portanto, que se relacionam a transformação da realidade social pelo fenômeno da ascensão das massas, a evolução do Poder Judiciário dentro do modelo ideológico adotado pelo Estado, a falta de estrutura e de técnicas adequadas à solução dos conflitos surgidos da realidade massificada e a crise da administração da justiça⁵⁷.

4. O fenômeno da massificação das relações sociais

Outro fator de grande relevância para compreensão do fenômeno de explosão de litigiosidade é o processo de massificação das relações sociais e conseqüente coletivização das crises daí decorrente, ambas resultado (i) da economia moderna, extremamente diversificada e informatizada, voltada em grande parte para a produção em massa de bens e serviços e para o consumo; (ii) da desordenada urbanização da sociedade brasileira; (iii) da onda de privatizações ocorrida no final da década de 90 do século XX e (iv) o desenvolvimento econômico atual e a ascensão das classes menos favorecidas.

A sociedade contemporânea é caracterizada pela padronização. Padronização dos serviços, dos contratos, da produção de bens e da prestação de serviços, dos negócios jurídicos em geral.⁵⁸ Essa tendência é inevitável e a *standardização* dos

realidade, em que o contingente populacional mundial ultrapassa o patamar de seis bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial tranforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e globalização das relações humanas e comerciais.”(*Ações coletivas do direito comparado e nacional*, p. 25-27).

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, comentando o que ele denomina de “quadro jurídico subjacente à ordem jurídica” nas sociedades contemporâneas e que sintetiza bem o exposto neste tópico, observa que tal realidade revela “1º) uma complexidade, decorrente da heterogeneidade dos problemas, que, em outros tempos se revelaram menos complexos, porque solucionáveis eram a partir de padrões homogêneos de solução, estampados com clareza em normas jurídicas; e daí, a maior eficiência de um sistema plenamente, ou quase, de índole dedutiva; 2º) haver um número elevadíssimo de jurisdicionados, em relação aos poderes constituídos, carregando consigo esses problemas de difícil solução, os quais comparecem aos poderes públicos, que, a seu turno, se evidenciaram insuficientemente aparelhados, se tivesse de resolver todos os problemas à luz de um sistema tradicional; 3º) este suposto desaparelhamento, diz pois: a) coma insuficiência numérica de órgãos, e/ou, de membros integrantes desses órgãos de todo um sistema (onde se inclui o Poder Judiciário); b) com a dificuldade das soluções em si mesmas, porque em face de uma formulação, através da norma jurídica, por hipótese, rica de elementos significativos de comandos cogentes, ainda assim, essa realidade – tal como se desejaria tivesse sido “apreendida” pelo Legislador - seria insuscetível de descrição prévia, *porque já no plano verbal é conceitualmente irredutível a uma simplicidade operacional*”(A *argüição de relevância no recurso extraordinário*, p. 3).

⁵⁸“É sabido que a economia moderna trouxe alterações na fisionomia dos negócios jurídicos, que sofreram um processo de “objetivação. (...) O contrato tornou-se independentemente da vontade e da personalidade do seu autor, consagrando-se como instrumento objetivo e impessoal, sensível ao ambiente social e às

contratos é essencial para o funcionamento da economia moderna⁵⁹, além de ser uma forma de dar segurança e tornar práticas e efetivas as contratações, pelo imenso volume característico da sociedade atual de massa⁶⁰. A padronização dos contratos é uma realidade, representada pelos chamados contratos de adesão, que são utilizados em todos os ramos de contratação, em todas as espécies de negócio jurídico de massa e em todas as relações subjetivas na atualidade.⁶¹

A origem deste processo de massificação é, sem dúvida, as revoluções industriais e tecnológicas ocorridas na humanidade no decorrer dos últimos três séculos e o

condições objetivas do mercado. Garantiu-se, assim, a estabilidade e a continuidade das relações contratuais e, com elas, das relações econômicas subjacentes. Na antiga economia, eram regra os negócios individuais e personalizados; no moderno sistema das relações econômicas, tais negócios constituem a exceção. (...) Nesse contexto, houve a proliferação de negócios jurídicos celebrados em grande número, de maneira contínua, automatizada e despersonalizada, normalmente tendo por objeto bens ditos “estandardizados”, tão padronizados quanto o próprio negócio jurídico.(FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, *Interpretação do negócio jurídico*, p. 365). ENZO ROPPO, tratando do fenômeno por ele denominado de “objectivação do contrato”, assevera que “num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disdisciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico.”(*O contrato*, p. 298).

⁵⁹CLÁUDIA LIMA MARQUES, apesar de alertar para os riscos aos consumidores das novas técnicas de contratação em massa por adesão, constata que “hoje, estas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação, são indispensáveis ao atual sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 70).

⁶⁰“como se observa na sociedade de massa atual, a empresa e mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Esses contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais”(CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 65).

⁶¹“certo é que os fenômenos de predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna – em especial, nos contratos de seguro e de transporte já se observa a utilização destas técnicas de contratação desde o século XIX. Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados. Note-se que essas novas técnicas contratuais, de pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato, também são utilizados por empresas públicas, empresas privatizadas ou concessionárias de serviços públicos (por exemplo, no fornecimento de água, luz, serviços de transporte, correios, telefonia. Também em matéria de contratos de trabalho, as técnicas de contratar em massa são utilizadas” (CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 66)

fenômeno de ascensão das massas, já citado no item 3 *supra*. Nas palavras de ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIM, CLAUDIA LIMA MARQUES e LEONARDO ROSCOE BESSA, “entender, porém, como este direito privado foi construído pressupõe valorar as mudanças na forma de produção, distribuição, comercialização e consumo que ocorreram nas três revoluções industriais. A primeira revolução (do carvão e do aço) massificou a forma de produção, industrializou e despessoalizou esta produção e, grandes quantidades e para um número indeterminado de consumidores, mas trouxe também novas formas de energia que levaram à evolução do transporte e daí à distribuição de bens de consumo. A figura do intermediário entre o fabricante e o comprador aparecer fortemente na segunda revolução industrial, também identificada com a fase econômica do taylorismo e do fordismo: evoluiu a forma de produzir e de distribuir em massa e modificaram-se os hábitos dos consumidores, novo nome dado aos trabalhadores, que agora, melhor pagos, “consumiam” o que produziam. A terceira revolução industrial é representada pela informatização e globalização da economia.”⁶².

O surgimento da atual sociedade contemporânea de massa é uma das conseqüências da evolução dos meios de comunicação e da tecnologia da informática. EROS ROBERTO GRAU observa que “o que há de novo na globalização decorre das transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações – transformações que permitiram a sua reprodução como globalização financeira.”⁶³

Não há dúvida de que a globalização foi a grande base para a alteração de todos os paradigmas sob os quais o corpo social era baseado e a modificação da essência das relações subjetivas. A velocidade das transações comerciais e da informação, o desenvolvimento de tecnologia em todas as áreas do conhecimento, a mitigação do conceito de soberania estatal, a massificação das relações e a coletivização dos conflitos tornaram obrigatória a revisitação da função do Estado na sociedade e conseqüentemente sua relação com os cidadãos.⁶⁴ A sociedade contemporânea se tornou extremamente complexa e

⁶² *Manual de direito do consumidor*, p. 44.

⁶³ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 271.

⁶⁴ “integrando mercados em velocidade avassaladora e propiciando uma intensificação de circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária, graças ao desenvolvimento da tecnologia, à expansão das comunicações e ao aperfeiçoamento do sistema de transportes, a

dinâmica e o direito entrou em crise justamente por não conseguir acompanhar referidas mudanças⁶⁵.

A globalização também teve por consequência a explosão do consumo, até pelas facilidades no aperfeiçoamento das transações decorrentes da evolução tecnológica. Assim, as peculiaridades da economia moderna, a padronização das condutas e dos modelos de contratação, o consumo em larga escala facilitado pelos avanços tecnológicos em todos os campos da sociedade decorrentes das revoluções industriais e em especial da globalização são fatores essenciais para a compreensão da sociedade contemporânea massificada, na qual qualquer ato ilícito pode ter a aptidão de causar danos em larga escala e onde surgem os conflitos massificados levados ao Poder Judiciário.

O Professor RICHARD. A. NAGAREDA, fazendo semelhante análise a deste tópico no direito norte-americano, destaca que o mundo extremamente conectado tem por consequência o fato de que qualquer infringência à lei tem o potencial de gerar danos em larga escala, observando que o objetivo do estudo é analisar os desafios da justiça civil decorrentes desta realidade⁶⁶.

globalização provocou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder. (...) Mudou o perfil e escala dos conflitos. Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los”.(JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, p. 7-8). KAZUO WATANABE, ao tratar da necessidade de pesquisa interdisciplinar com o objetivo de proporcionar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, observa que “a sociedade moderna assume uma complexidade cada vez maior. A complexidade atinge não apenas a estrutura da sociedade e as atividades econômicas pela multiplicidade de campos de atuação e pelos conhecimentos especializados que tais atividades reclamam, como também o cidadão em suas diversas atividades cotidianas e em sua vida de relação presidida pela economia de massa, regulada por um cipoal de leis e orientada por uma massa assistemática de informações de todas as espécies, muitas delas orientadas para um incontável consumo. A piorar tudo isso tem-se, ainda, a incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade”(Acesso à justiça e sociedade moderna”, p. 131-132).

⁶⁵ Para uma análise aprofundada do tema, recomenda-se a leitura da obra *O Direito na Economia Globalizada*, de autoria de JOSÉ EDUARDO FARIA.

⁶⁶No original: “The modern world is increasingly an interconnected world. Modern corporations conduct their business operations across a national (and, often, international) marketplace. The products developed and sold by modern corporations are increasingly uniform in nature. And modern business activity itself is now financed, in significant part, through the sale of equity interests in the firm-in common parlance, shares of stock-on national (and, often, international) securities markets. Along similar lines, the reach of government itself at all levels has come to touch the lives of private citizens more pervasively than in the centuries past. American law, moreover, has witnessed a significant expansion of substantive legal obligations-not only the elaboration of the common law but also the enactment of an array of statutes that regulate the relationships between government and private individuals and

Além disso, a massificação das relações sociais também se deve ao êxodo rural e a urbanização sem planejamento e desenfreada pela qual passou a sociedade brasileira na década de 80 do século XX⁶⁷, bem como a onda de privatizações de serviços públicos ocorrida no fim da década de 90 do século XX, promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, no fim do seu primeiro mandato. A concessão de serviços públicos a particulares teve por consequência a universalização dos serviços e dos usuários, e a massificação dos serviços foi a base para a massificação das crises decorrentes de tais relações, como o ocorrido com a telefonia.⁶⁸

Por fim, o desenvolvimento econômico brasileiro e a ascensão das classes mais baixas⁶⁹ também podem ser apontados como fundamento para a massificação das relações sociais. O combate à miséria promovido pelos últimos governos – em especial o

amongst those individuals themselves. Civil rights law, antitrust law, securities law, and product liability law—to name just a few examples—are the products of these developments. The result of this interconnected world is that wrongdoing has the potential to give rise to injury on a mass scale. A defectively designed consumer product has a capacity to injure millions of persons. A fraudulent misstatement concerning the finances of a corporation has the potential to affect the price at which shares of that corporation trade, to the detriment of investors. A government program carried out in an unconstitutional manner has the potential to affect adversely millions of citizens. The early phases of legal education tend, quite understandably, to focus the attention of students on civil claims as isolated events that give rise one-on-one, single plaintiff-versus-single defendant litigation. This book is about the challenges posed for the civil justice system when claims arise not as isolated events but, instead, as part of a larger aggregate—in particular, when wrongdoing on a mass scale gives rise to potential for large numbers of civil claims that exhibit varying degrees of similarity” (RICHARD A. NAGAREDA, *The law of class actions and other aggregate litigation*, p. 1).

⁶⁷ “Com o definitivo esgotamento do modelo de desenvolvimento, nos primeiros anos da década de 80, as regiões metropolitanas, antes uma significativa fonte de oportunidade de ocupação e de mobilidade social, converteram-se em bolsões de conflitos generalizados, justamente por causa do “fatos de aglomeração” que, nos anos 60 e 70 paradoxalmente havia funcionado como elemento positivo de economia de escala” (JOSÉ EDUARDO FARIA, “Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”, p. 15). Cf. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, p. 85). RUY ZOCH RODRIGUES, apontando as causas do congestionamento do Poder Judiciário, destaca que “a industrialização e a urbanização do Brasil, como causas de massificações, que redundam em conflitos com consequências diretas no aumento do volume de demandas no Judiciário, são fenômenos relativamente próximos, iniciados faz setenta anos, mais ou menos” (*Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*, p. 33).

⁶⁸ “Mas foi o processo de privatizações, que teve início no Governo FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, transferindo ao capital privado alguns daqueles setores que só se justificam em esquema de economia de escala, e cuja exploração tem grande impacto social, que realmente intensificou o congestionamento da justiça” (RUY ZOCH RODRIGUES, *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*, p. 33).

⁶⁹ “O grande desenvolvimento econômico que caracterizou o período posterior à Segunda Guerra Mundial significou a massificação da produção e do comércio, levando a tecnologias sofisticadas e à ampliação dos mercados. Evidenciou-se, assim, a necessidade de tutela específica dos consumidores.” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro”, p. 107).

Governo Federal – influenciou a realidade das populações mais carentes, que passaram a ser economicamente ativas, consumir mais e, conseqüentemente, utilizar do Poder Judiciário quando das relações firmadas surgissem algum conflito.⁷⁰

Assim, os mecanismos processuais e conseqüentemente o Poder Judiciário devem estar aptos a tutelar os conflitos decorrentes de um contexto social de urbanização desordenada, evolução tecnológica, em especial dos meios de comunicação, explosão de consumo e ascensão das classes mais baixas, padronização dos negócios jurídicos e privatizações de serviços públicos, características marcantes da sociedade contemporânea.

5. O amplo acesso à justiça e a cultura da litigância

Além dos fatores acima apontados, outro fator de grande relevância para a crise de administração da justiça e crescimento dos processos repetitivos foi a cultura de litigância desenvolvida pelo povo brasileiro após a explosão do movimento pelo acesso à justiça, que, entre outras coisas, tinha por objetivo a remoção dos óbices ilegítimos que impediam o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados⁷¹.

O movimento, que teve como um de seus grandes idealizadores o italiano MAURO CAPELETTI, tinha por objetivo o desenvolvimento de políticas que combatessem os obstáculos ilegítimos que impediam o verdadeiro acesso à justiça aos jurisdicionados. Dentre tais obstáculos se destacavam as elevadas custas judiciais, a “possibilidade das partes”⁷², significando que alguns têm vantagens estratégicas sobre outros por possuírem melhores condições financeiras, terem conhecimento dos direitos dos quais são titulares e estarem habituados e terem estrutura para postular seus direitos em juízo e, por fim, os problemas especiais relacionados aos direitos difusos, em especial o desenvolvimento de instrumento de tutela adequada.

⁷⁰ “Em paralelo, o aquecimento da economia, a expansão do crédito para enormes contingentes de população antes praticamente à margem do consumo (...), completam o cenário”(RUY ZOCH RODRIGUES, *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 34).

⁷¹ Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O futuro do processo civil brasileiro”, p. 143; MAURO CAPELETTI e BRYAN GARTH, *Acesso à justiça*, p. 15.

⁷² MAURO CAPELETTI e BRYAN GARTH, *Acesso à justiça*, p. 21.

No Brasil, o movimento pelo acesso à justiça teve grande repercussão, tanto na doutrina quanto na política legislativa, e foi extremamente fortalecido pela Constituição Federal de 1988. Um dos grandes exemplos dessa constatação foi a criação dos juizados de pequenas causas, posteriormente denominados de juizados especiais cíveis, que se tornaram forte instrumento no combate à litigiosidade contida e possibilitaram o verdadeiro acesso à justiça a uma gama de jurisdicionados.

E o sucesso do movimento em prol do efetivo acesso à justiça teve grande influência na administração da justiça, na medida em que referida garantia fundamental passou a ser o instrumento pelo qual os cidadãos pudessem exigir do Estado o respeito a todas as demais garantias fundamentais, sob pena de tornar tais garantias em previsões constitucionais inócuas, além de facilitar a tutela dos direitos das populações mais carentes pela informalidade, facilidade do acesso, isenção das custas processuais e desnecessidade de advogado para processos até determinado valor estabelecido por lei⁷³.

Há que se destacar que a positiva amplitude dada ao acesso à justiça como resultado das ondas renovatórias supracitadas não pode se transformar em uma busca incontrolável e irracional pelo Poder Judiciário, como se este fosse a única alternativa para pacificação das crises sociais⁷⁴.

A população, então, passou a se utilizar do Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. E como já destacado, o Poder Judiciário não estava preparado técnica e

⁷³“No âmbito global, o aumento do número de processos judiciais cíveis pode ser considerado como resultado da chamada onda renovatória do acesso à justiça, tendo em vista que várias medidas foram adotadas para facilitar o exercício do direito de ação, removendo ou atenuando barreiras inexistentes.”(ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 34).

⁷⁴ RODOLFO DE CARMARGO MANCUSO alerta que “a leitura – *ufanista e irrealista* – do contido no inciso XXXV do art. 5º da CF (dita “inafastabilidade do controle jurisdicional” ou “ubiquidade da justiça”) tem levado à falaciosa percepção de que toda e qualquer controvérsia deve ser judicializada, o que, de um lado, fomenta a *cultura judiciarista*, praticamente, transmutando o *direito* de ação num *dever de ação*, e, de outro lado, desmotiva os contraditores a buscarem, primeiramente, a resolução ad pendências pela via negociada, o que viria a fortalecer os laços de cidadania e fraternidade, a par de aliviar a sobrecarga dos órgãos judiciais. Fora e além do ambiente consensual dos meios auto e heterocompositivos, campeiam os fatores que têm esgarçado o tecido social: o acirramento das hostilidades, não raro degenerando em justicamentos privados; a frustração ad população com a Justiça estatal, mesmo aquela ofertada pelos (hoje também congestionados) *Juizados Especiais*, originalmente preordenados a recepcionar a chamada *litigiosidade contida*.”(*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 703-704).

estruturalmente para receber tamanha demanda por jurisdição, sendo este, portanto, mais um elemento da crise de administração da justiça⁷⁵.

6. O federalismo brasileiro

Também é grande responsável pelo abarrotamento de trabalho do Poder Judiciário, mais especificamente a constante crise vivenciada pelos tribunais superiores, as raízes e o modelo de federalismo adotado pelo Estado brasileiro.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ainda na vigência da Constituição Federal de 1946, ao comentar a respeito tema, já observava que “partimos do unitarismo para a forma federativa, num processo inverso ao das federações americana e suíça; estas formaram-se da união de Estados soberanos, os quais conferiram, à União, parte de sua competência. No caso do Brasil, o contrário se deu, isto é, o Poder central, único, foi que transferiu, às comunidades regionais, a parcela de poder que, depois, vieram a possuir, constituindo-se em Estados autônomos.”⁷⁶. Ou seja, a federação brasileira foi, na realidade, uma criação fictícia do governo central para manter o controle sobre os territórios, tendo em vista as dimensões continentais do país.

A criação de um modelo de federalismo às avessas, isto é, partindo-se de um governo centralizado para uma posterior distribuição de poderes e competências para os

⁷⁵ BRUNO DANTAS, analisando o excesso de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, observa que: “o movimento pelo acesso à justiça, capitaneado pelo italiano Mauro Capelletti, contribui em larga medida para o agravamento da *crise*, pois, à proporção que mais pessoas têm acesso à ordem jurídica, é natural que o número de recursos cresça em razão direta. Não se pode olvidar, ainda, que o acesso à justiça reduz a *litigiosidade contida*, fazendo florescer contendas que, em condições adversas, não seriam levadas ao Poder Judiciário, em grande demonstração da inoperância do Estado”(Repercussão geral. *Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*, p. 85). A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER também compartilha do mesmo entendimento: “a ampliação do acesso à justiça, impulsionada pela Constituição de 1988, abriu o Poder Judiciário a um número cada vez maior de pessoas e de causas, tendo como consequência um significativo impulso à crise numérica dos recursos ao Supremo Tribunal Federal.”(“O tratamento de processos repetitivos”, p. 2). Por fim, RUY ZOCH RODRIGUES também observa que “tudo se justifica na idéia de eficiência e racionalidade para responder à demanda social. É um contexto que não passa ao largo, vale lembrar, do acesso à justiça. Tanto mais aberta à população, tanto mais democratizada, mais a justiça tende a ajustar-se aos modelos da própria sociedade. E, se a massificação é um fenômeno inseparável da dinâmica social, é inevitável que a maior abertura da justiça aos conflitos sociais comporte sua consequente massificação”(Ações Repetitivas. *Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 40).

⁷⁶Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, p. 5.

demais entes federativos, impactou diretamente na distribuição da competência legislativa de cada ente federativo⁷⁷.

A Constituição Federal de 1988 concentra na União Federal, de maneira privativa, a competência para legislar a respeito da maioria das matérias de extrema relevância para a rotina dos jurisdicionados, como direito processual, direito civil, direito penal⁷⁸, enquanto que os Estados⁷⁹ têm competência residual e limitada para legislar.

E como se sabe, a interpretação e aplicação de referidas normas é autorizada pela própria Constituição Federal a todos os tribunais estaduais e tribunais regionais federais.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o texto constitucional estabelece uma única fonte legislativa para diversos e relevantes temas, permite sua interpretação e das inúmeras leis federais por vários tribunais distribuídos por todo o país, que, por serem compostos por outros tantos magistrados, tendem a ter interpretações distintas a respeito da mesma matéria de direito.

Referido modelo tem por conseqüência inevitável as divergências jurisprudenciais e o excesso de recursos dirigidos aos tribunais superiores, que têm função constitucional a uniformização da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais em prol principalmente da segurança jurídica do ordenamento⁸⁰.

⁷⁷ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER destaca que “a criação do nosso sistema federativo foi resultado de um caminho inverso daquele que teve lugar nos Estados Unidos. (...) Partiu-se, portanto, aqui, da forma unitária para a fracionária. Não houve união de partes, pois partes não havia. Foi, portanto, o poder central que concedeu às unidades artificialmente criadas parte da competência para legislar. Isso explica o fato de nos Estados Unidos ser diminuta a competência central e ampla, a dos Estados. E no Brasil, ao contrário, ser diminuta a competência das unidades decorrentes do fracionamento artificial do Estado Central. Claramente, se pode identificar nesta peculiaridade da nossa Federação a eterna crise em que vivem os Tribunais Superiores” (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 244).

⁷⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 502-503.

⁷⁹ “O campo de incidência de sua legislação, no entanto, não vai muito além do terreno administrativo, financeiro, social (competência comum), de administração, gestão de seus bens, alguma coisa na esfera econômica nos limites já apontados, e quase nada mais” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 622).

⁸⁰ BRUNO DANTAS assevera que “importamos pela metade o federalismo norte-americano. Como a fonte de onde emana a maior parte do direito positivo nacional é única, ao passo que há multiplicidade de tribunais independentes entre si autorizados a aplicá-lo, é evidente que esse aspecto gera um número mais elevado de casos suscetíveis de uniformização do que seria gerado caso competisse aos Estados legislar sobre direito civil, comercial, penal e processual.” (*Repercussão geral. Perspectivas histórica*,

7. A crise do Supremo Tribunal Federal e o surgimento do Superior Tribunal de Justiça⁸¹

Não é de hoje que o excesso de trabalho dos tribunais superiores é bastante debatido entre os estudiosos do processo civil brasileiro. Há muito são procuradas, inicialmente com relação ao Supremo Tribunal Federal e posteriormente, com a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, soluções práticas e teóricas com potencial de racionalizar o sempre excessivo trabalho das cortes de superposição sem qualquer infringência às garantias constitucionais dos jurisdicionados e sem ignorar a função dos Tribunais Superiores atribuída pela Constituição Federal no contexto da sociedade brasileira.

Antes da análise da atual situação das cortes de superposição como premissa legitimadora da criação de mecanismos de racionalização do trabalho, vale um esboço histórico aprofundado a respeito da evolução histórica do problema da massa de processos, que, como se verá, não é novidade para a realidade do processo civil brasileiro.

A chamada *crise do Supremo Tribunal Federal* tem sido noticiada pela doutrina pátria desde nos anos quarenta do século passado, sendo que a preocupação com o excesso de trabalho da Corte Superior, à época, era resultado do alargado campo de cabimento do recurso extraordinário⁸². E desde então, percebeu-se que uma das soluções

dogmática e de direito comparado. Questões processuais, p. 85). Conclusão semelhante é a de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, quando compara a figura do recurso extraordinário no direito brasileiro ao *writ of error* do direito norte-americano: “no entanto, há que se destacar que a competência legislativa dos estados-membros, nos Estados Unidos, é mais ampla do que a competência das províncias da Argentina e dos Estados-membros do Brasil. Daí uma consequência importante, que não foi notada quando da importação do modelo norte-americano: considerando que as leis federais, desde a criação do recurso extraordinário, têm, no Brasil, âmbito de incidência muito mais amplo que as leis estaduais, o volume de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal atingiria, inexoravelmente, números muito elevados, dificultando sobremaneira a atividade desse Tribunal. A adoção dos modelos norte-americano e argentino como fontes para a criação do recurso extraordinário brasileiro, se bem que louvável, deveria ter-se adequado às características do direito brasileiro, o que, certamente, teria evitado diversos dos problemas atuais.” (*Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 26).

⁸¹ Para uma análise profunda consultar ALFREDO BUZAID, “A crise do Supremo Tribunal Federal”, p. 121-176.

⁸² Cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 595. JOSÉ AFONSO DA SILVA observava, já em 1963, que “há muito que se vem pondo em destaque a existência de profunda crise no mais alto Tribunal do país. Crise que se traduz no afluxo insuportável de serviços, no acúmulo de processos, naquela alta Corte, a tal ponto de se proclamar um possível estrangulamento da Justiça nacional. E a gravidade disso se revela no fato de o S.T.F. ser o órgão de cúpula do nosso organismo judiciário e de, em face da elasticidade do Recurso

para o excessivo número de processos era o de valorização da jurisprudência, em especial para os casos que se repetiam.

Diante da constatada crise e do excesso de trabalho que atingia a corte suprema, foram sendo tentadas, ao longo dos anos, inúmeros mecanismos e técnicas com o objetivo de contenção da litigiosidade perante o Supremo Tribunal Federal, podendo ser destacados entre os mais relevantes os óbices criados pelo próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal ou ainda por sua jurisprudência⁸³, além das chamadas *súmulas de jurisprudência predominante*, idealizadas pelo então Ministro VICTOR NUNES LEAL⁸⁴. A idéia sempre foi a de criação de filtros de contenção que permitissem à corte racionalizar seu próprio trabalho, dando atenção aos recursos que veiculassem matéria que ultrapassasse o interesse subjetivo das partes e atingisse a coletividade como um todo.

Na prática, a crise que é debatida desde os anos 40 do século passado não só jamais foi efetivamente solucionada como também se agravou ao longo dos anos, o que sempre instigou os operadores do direito, preocupados com a marginalização do trabalho da suprema corte, a continuar investigando soluções técnicas capazes de solucionar o problema.

Na década de 80 do século passado se fortaleceu dentro da comunidade jurídica o movimento de criação de um segundo tribunal de superposição, que dividiu a

Extraordinário, levar-se a ele parcela enorme das controvérsias judiciais, julgadas pelos demais órgãos da Justiça de todo o país.”(*Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 446).

⁸³“Daí aqueles obstáculos que se tem procurado antepor ao seguimento do Recurso Extraordinário, tentando evitar o estrangulamento judiciário, pelo estrangulamento de um instituto processual-constitucional”(JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 446).

⁸⁴ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA lembra que “a evolução recente do Direito brasileiro, no particular, teve marco importante na criação, em 1963, da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do STF. Inspirava-se ela no propósito de atenuar o crônico problema de sobrecarga do trabalho da Corte Suprema – e, indiretamente, do Judiciário como um todo.”(*Súmula, Jurisprudência, Precedente: Uma Escalada e seus Riscos*, p. 6). Neste mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO recorda que “o primeiro passo de uma legítima e gradual escalada em direção à valorização da jurisprudência foi dado no distante ano de 1963. Sob a liderança histórica do Min. Victor Nunes Leal, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a incluir na competência do relator o poder de “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento, indicando o correspondente número da súmula”(art. 15, IV). Essa era uma das técnicas concebidas com o objetivo de buscar saídas para o notório, antigo e angustiante problema da sobrecarga da Corte Suprema brasileira, que já fora objeto das preocupações de Alfredo Buzaid na década dos anos cinquenta. Nesse momento estava instituída também a *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, que se destinou a favorecer a estabilidade da jurisprudência e, de igual modo, a *simplificar o julgamento das questões mais freqüentes*”(“*Súmulas vinculantes*”, p. 223).

competência então exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o conhecimento e julgamento dos recursos extraordinários. Acreditava-se que uma segunda corte que dividisse a competência para o julgamento da matéria antes exclusiva do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal amenizaria a crise do excesso de recursos e solucionaria o problema do abarrotamento das cortes superiores, até pelo número de ministros, que aumentaria⁸⁵.

Foi exatamente nesta linha de raciocínio que a Constituição Federal de 1988 criou, por meio do seu art. 92, inciso II, o Superior Tribunal de Justiça, cuja forma de composição e competência estão atualmente definidos nos arts. 104 e 105 da Constituição Federal. A nova corte suprema seria o novo guarda da uniformização de interpretação da legislação infraconstitucional no território nacional, e ao Supremo Tribunal Federal restava única e exclusivamente a guarda da Constituição Federal. Ao recurso dirigido à nova corte de superposição convencionou-se dar o nome de recurso especial⁸⁶.

Além disso, os poderes outrora regimentais dados pelo Supremo Tribunal Federal ao relator dos recursos foram incorporados à lei (lei n. 8.038, de 25 de maio de 1990, chamada Lei dos Recursos), em demonstração da verdadeira tendência de valorização da jurisprudência dos tribunais superiores, o que também foi estendido ao Superior Tribunal de Justiça⁸⁷.

A criação do novo tribunal não era vista somente como uma forma de racionalizar o trabalho do Supremo Tribunal Federal, mas também tinha, na visão da época, “o mérito de alargar a via de acesso à instância de superposição”⁸⁸. Era, na realidade, um duplo benefício: ao mesmo tempo em que se dividia o trabalho pela divisão de competência, era proporcionado aos jurisdicionados mais uma via de acesso às instâncias

⁸⁵ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em 1990, asseverou que “já temos dois, e não somente um órgão de superposição. Na prática, são ao todo 44 Ministros nessa instância, e não mais os antigos 11 do Supremo Tribunal” (“Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa”, p. 253).

⁸⁶ O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA observa que “em 1988 criou-se, na Nova Constituição, o Superior Tribunal de Justiça, destinando-lhe o controle da lei federal, quanto à sua inteireza e exata inteligência, deixando ao Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade, ao fundamento de que a Suprema Corte do sistema até então vigente se achava em crise, tão grande era o número de recursos que lhe eram dirigidos e a frustração pela não-apreciação destes em face de óbices jurisprudenciais e regimentais. Naquele sistema, em suma, insatisfeitos estavam todos: a Corte, seus Juízes, os advogados, as partes, a sociedade.” (“A súmula e sua evolução no Brasil”, p. 17-18).

⁸⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Súmula vinculante”, p. 223.

⁸⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa”, p. 252-253.

superiores, até porque o novo tribunal teria por consequência a mitigação da utilização pelo tribunal dos óbices regimentais e jurisprudenciais criados para limitar o acesso à corte suprema.

A realidade, contudo, não foi bem essa. A criação de um segundo Tribunal de Superposição, que dividia a competência antes exclusiva do Supremo Tribunal Federal, não foi suficiente para obtenção do resultado prático esperado, isto é, para o fim do excesso de trabalho das cortes superiores. E a crise, que outrora era somente do Supremo Tribunal Federal, passou a ser também a crise do Superior Tribunal de Justiça. E a reação do Superior Tribunal de Justiça ao excesso de trabalho não foi outra. Também começaram a surgir os óbices jurisprudenciais para o conhecimento do recurso especial.

Diante da constatada crise, tem sido necessário o desenvolvimento de outras técnicas processuais capazes racionalizar o trabalho das cortes superiores, que, mesmo após a longa caminhada de valorização da jurisprudência e os inúmeros óbices jurisprudenciais para conhecimento de recursos, ainda hoje estão abarrotadas, em especial o Superior Tribunal de Justiça, que não conta (mas deveria) com nenhum filtro de contenção para o julgamento de recursos especiais como a repercussão geral da questão constitucional, aplicável, somente ao Supremo Tribunal Federal.

E é neste cenário que se destacam as novas técnicas voltadas à racionalização do trabalho das cortes superiores, como a súmula vinculante e o julgamento por amostragem, objeto do presente estudo. Este, em específico, é resultado das diversas tendências que influenciaram o processo civil no decorrer no final do século passado e no início deste, em especial a valorização da jurisprudência e a coletivização da tutela jurisdicional, com o objetivo de adequar a prestação da tutela jurisdicional ao modelo constitucional do processo civil.

Como se demonstrará, há a evidente necessidade, diante dos incontestáveis números estatísticos, de se desenvolver mecanismos adaptados aos processos de massa, ainda mais quando se leva em consideração a função dos tribunais superiores dentro do ordenamento jurídico. No caso do julgamento por amostragem, a idéia é desenvolver um procedimento voltado à formação de uma decisão paradigma para os casos que se repetem, que respeite o contraditório tanto dos interessados diretos quanto da

sociedade como um todo, tendo em vista a relevância da decisão que será tomada, e racionalize o trabalho das cortes de superposição. Referida decisão será aplicada aos demais casos em idêntica situação e também terá efeitos prospectivos, desestimulando a litigância fadada ao insucesso⁸⁹.

8. O Estado “superparte”⁹⁰ e sua influência na crise de administração da justiça

É posição unânime da literatura especializada no processo civil que o Estado brasileiro é um dos grandes responsáveis pelo abarrotamento dos tribunais por uma série de fatores que serão aqui listados. O Estado brasileiro é um personagem de grande destaque na litigância de massa, na multiplicação de processos repetitivos e na crise do Poder Judiciário.

Além disso, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO utiliza o termo “superparte” para qualificar o Estado brasileiro. Referida qualificação, bem como sua influência na crise da administração da justiça por opções políticas equivocadas, podem ser facilmente percebidas dos seguintes fatores: (a) os serviços públicos são prestados com extrema má qualidade e não atendem os anseios dos cidadãos, e o Poder Judiciário é utilizado pelos jurisdicionados para fazer valer as leis e a Constituição Federal; (b) o regime de precatórios, que institui verdadeiro calote do Estado aos credores; (c) a insuficiência dos investimentos feitos no Poder Judiciário, tanto com relação à infra-estrutura quanto recursos humanos⁹¹, o que decorre, dentre outros motivos, da falta de autonomia

⁸⁹“a não ser que se imagine que essa quantidade assombrosamente crescente de recursos extraordinários, que se multiplicam a cada ano, seja devida a uma surda rebelião contra a federação brasileira, inconformidade orquestrada pelos tribunais ordinários contra a ordem jurídica federal – procurando “negar-lhe vigência” -, é forçoso concordar com outro magistrado, ex-integrante da Suprema Corte [Francisco Rezek] que, em artigo publicado na imprensa diária, sob o título de “o direito que atormenta”, chega à conclusão de que a situação vivida pelo foro brasileiro é simplesmente patológica”(OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A função dos tribunais superiores”, p. 289).

⁹⁰ Cfr “O futuro do processo civil brasileiro, p. 156.

⁹¹ Segundo o relatório “Justiça em Números. Indicadores do Poder Judiciário. Panorama do Judiciário Brasileiro” elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça e disponibilizado no sítio eletrônico do CNJ (www.cnj.jus.br), “ao final do ano de 2009, os três ramos de Justiça mobilizavam 16.108 magistrados e 312.573 servidores. Existiam, na média geral dos três ramos de Justiça, oito magistrados para cada cem mil habitantes. Na Justiça Estadual, constatou-se o maior número: seis magistrados por cem mil habitantes, com 70,5% dos juízes e 72,8% dos servidores atuando nesse ramo da Justiça. Em comparação com outros países, o indicador de número de magistrados por cem mil habitantes, no Brasil, pode ser considerado ligeiramente abaixo da média. A título de comparação, a Espanha possuía 10,1 magistrados por cem mil habitantes, a Itália possuía onze magistrados por cem mil, a França possuía 11, 9 magistrados por cem mil e Portugal possuía 17,4 magistrados

orçamentária⁹²; (d) a hipertrofia legislativa e o excesso de leis que causam verdadeira insegurança jurídica aos jurisdicionados⁹³; (e) a postura adotada pelos entes públicos quando demandados em juízo.⁹⁴

Comprovando o quanto dito a respeito da cultura do litígio adotada pelo Estado brasileiro, elencado no item (e) *supra*, o Conselho Nacional de Justiça, em mais uma tentativa de mapear as origens e causas do excesso de demandas que abarrotam o Poder Judiciário elaborou, no ano de 2010, um relatório no qual identificou os maiores litigantes nos processos em trâmite perante o Poder Judiciário, isto é, quais são as partes que mais possuem processos em todas as instâncias da justiça⁹⁵.

Os setores público e bancário são os destaques do relatório muito bem elaborado e detalhado. Em âmbito nacional, o primeiro colocado da lista é o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), seguido da Caixa Econômica Federal, da Fazenda Nacional, da União e do Banco do Brasil. A pesquisa adota ainda outras perspectivas de análise, como os maiores litigantes na justiça federal, justiça estadual, entre outras. Mas independente da

⁹² “Para atender a tal demanda, era necessário que o Judiciário brasileiro, já que lhe prometida autonomia financeira (art. 99, CF), envidasse esforço para lograr um aparelhamento adequado ou, no mínimo, satisfatório (...). Por força de todos estes motivos, é realmente imperioso que se desfira uma luta obstinada visando a determinadas reformas, não técnicas, mas sobretudo institucionais, sem que se perca tempo – muito tempo – com discussões, por vezes acadêmicas, acerca da viabilidade das súmulas de eficácia vinculante ou da amplitude do controle externo do Judiciário...”(JOSÉ ROGÉRIO CRUZE TUCCI, *Tempo e processo*, p. 108;110)

⁹³ “Quando dizemos que o Estado, mais propriamente a União Federal, tornou-se o maior litigante na justiça brasileira, o que se pretende significar é precisamente isto: o Estado torna-se litigante na condição de produtor de leis que, ao invés de apenas assegurar a liberdade de agir de seus destinatários, interfere gravemente em sua liberdade, protegendo interesses e interferindo nas condições e possibilidades sociais, econômicas, existenciais enfim, de cada um deles. Na verdade, não lutamos, na maioria dos casos, contra a União Federal e sim contra as leis que ela produz, que reputamos injustas”(OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A função dos tribunais superiores”, p. 293).

⁹⁴ KAZUO WATANABE já afirmava, no ano de 1988, que “o Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador de conflitos. Além dos conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa. Grande parte desses conflitos é encaminhada ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta cada vez mais. As várias demandas que a ele afluem apresentam, num dos pólos, principalmente no passivo (na condição de réu), o Estado ou uma de suas emanções (autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista). Pode-se afirmar, assim, sem qualquer receio de exagero, que o litigante mais freqüente nos foros do País é, hoje, o Estado em seus vários níveis de organização política e suas várias formas de atuação no mundo jurídico”(“Acesso à justiça e sociedade moderna”, p. 130-131). ADA PELLEGRINI GRINOVER faz a mesma constatação: “A verdadeira vilã da proliferação dos processos repetitivos é a Administração Pública, direta e indireta, responsável por mais de 80% dos recursos pendentes nos tribunais superiores, perante os quais a situação é gravíssima”(“O tratamento dos processos repetitivos”, p. 1).

⁹⁵ Relatório disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br).

esfera adotada, o resultado é conclusivo no sentido aqui exposto, de que o próprio Estado, seja por meio da administração direta ou indireta, é quem mais contribui para a morosidade da prestação jurisdicional e para o excessivo trabalho dos tribunais.

§3. A ineficiência do sistema de processo coletivo no combate à massificação de litígios

9. Aspectos gerais sobre o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro

O processo coletivo brasileiro é, reconhecidamente, um dos mais evoluídos do mundo. Nas palavras de ARRUDA ALVIM, “as ações coletivas vieram a criar um verdadeiro sistema coletivo, *paralelo ao do Código de Processo Civil*, com vistas à proteção de determinados bens, nominalmente indicados, quando da edição da lei (Lei da Ação Civil Pública) e ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor), na origem desta última lei”⁹⁶.

O sistema de processo coletivo tem objetivo de tutelar os direitos definidos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. São os direitos transindividuais ou coletivos em sentido lato⁹⁷, compostos pelo direitos difusos, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” e coletivos

⁹⁶ *Manual de direito processual civil*, p. 81, nota de rodapé 106. Não há dúvida de que os instrumentos de tutela coletiva presentes no ordenamento jurídico brasileiro formam um subsistema, com princípios próprios e normas que se comunicam dentre suas mais variadas leis esparsas. Neste ponto, além da lição de ARRUDA ALVIM, já citada, vale a reflexão de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, destacando o movimento em prol da criação de um Código de Processo Civil Coletivo: “verdade que vem se falando num subsistema processual coletivo, e autores como Antonio Gidi chegam mesmo a acenar para as vantagens de um Código de Processo Civil Coletivo. Este alvitre já veio tratado em monografia de Gregório Assagra de Almeida, onde sustenta que esse novo sub-ramo já apresentar autonomia científica, com princípios, finalidade e metodologia próprios. Registre-se, outrossim, que o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual Civil elaborou um “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, contando com a colaboração de juristas do porte de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gidi, Kazuo Watanabe, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Enrique M. Falcon, José Luiz Vazquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce, Sérgio Artavia, com revisão de redação por Angel Landoni Sosa.” (*Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*, p. 58-59).

⁹⁷ Para TEORI ALBINO ZAVASCKI observa que “direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade de espécie de direito coletivo. O que é múltipla é sua titularidade, e daí sua transindividualidade.” (*Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 33-34). HUGO NIGRO MAZZILI define interesses transindividuais como aqueles “compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (...). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 50).

em sentido estrito, “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, além dos direitos individuais homogêneos⁹⁸, “que são os decorrentes entendidos os decorrentes de origem comum”.

No caso dos direito coletivos em sentido lato, a tutela coletiva não é opção, mas sim uma exigência decorrente da essência da relação de direito material (que não é um direito subjetivo individual) para que haja a efetiva tutela dos dos direitos. Já no caso dos direitos individuais homogêneos, a essência do direito material é de direito subjetivo individual, mas as peculiaridades fáticas da relação de direio material tornam conveniente sua tutela coletiva em juízo⁹⁹.

O processo coletivo forma, portanto, um verdadeiro sistema com fundamento constitucional, composto, em linhas gerais, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que regulamentam as bases teóricas dos mecanismos, como a legitimidade e o regime da coisa julgada, para tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.171/65) e da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09), que regulamenta o mandado de segurança individual e na qual também está regulamentado o mandado de segurança coletivo.

Há ainda leis esparsas que tutelam interesses coletivos específicos de um grupo determinado, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), a Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 7.913/89), Lei de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei n. 7.853/89).

⁹⁸ “Os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de interesses subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 34).

⁹⁹ Para TEORI ALBINO ZAVASCKI os direitos individuais homogêneos não são “uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.”(*Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 40).

O sistema de processo coletivo é completo e exerce, portanto, função essencial na proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos das mais diversas categorias de sujeitos e da coletividade como um todo, na medida em que disponibiliza à sociedade os mais variados instrumentos e técnicas processuais voltadas à tutela adequada de tais direitos.

Não se discute que o subsistema de processo coletivo, como tutela jurisdicional adequada aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que é, tem papel essencial na garantia constitucional do acesso à justiça aos jurisdicionados e para efetividade da prestação de tutela jurisdicional na defesa dos direitos transindividuais e individuais homogêneos. Também é isenta de qualquer crítica a afirmação de que a utilização dos instrumentos de processo coletivo tem como corolário a redução do fenômeno da litigiosidade contida e a contribuição para se evitar a multiplicação de demandas individuais que tratam de matéria de direito idêntica, reforçando a segurança jurídica do ordenamento¹⁰⁰. O processo coletivo é, portanto, um instrumento de tutela ao acesso à justiça, à economia processual, à segurança jurídica e à igualdade, tanto no sentido de equilíbrio entre as partes quanto no tratamento igualitário diante de crises idênticas de direito material.¹⁰¹

Além disso, o processo coletivo exerce relevante função como forma de compelir o Poder Público, em regra ineficiente para proporcionar aos cidadãos os direitos que lhe são constitucionalmente garantidos, a desenvolver políticas públicas voltadas a tutela dos jurisdicionados. Nas palavras de MICHELE TARUFFO, “group litigation is complementary to legislation and government in a double sense - when the public powers

¹⁰⁰ “sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.” HUGO NIGRO MAZZILI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 50-51). PEDRO DA SILVA DINAMARCO assevera que “A ação civil pública tem grande relevância para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, diante de sua vocação inata de proteger um número grande de pessoas mediante um único processo. Ela simultaneamente contribui para a eliminação da litigiosidade contida e para o desafogamento da máquina judiciária, mediante a eliminação de inúmeros processos individuais.” (*Ação civil pública*, p. 11).

¹⁰¹ Para uma análise profunda, recomenda-se a leitura completa da Parte I da obra de *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES.

are ineffective, litigation performs its function as a means both to protect and directly enforce rights and interests in a collective fashion and as a force of pressure on legislation and government for substantive protection of these rights and interests.”¹⁰².

Em que pese a função essencial que exerce como técnica adequada às demandas de massa e na obtenção dos objetivos supracitados, alguns deles coincidentes com a técnica de julgamento por amostragem¹⁰³, o subsistema de processo coletivo por si só não se mostrou suficiente para a solução dos problemas ocasionados pela massificação dos conflitos sociais e pelas inúmeras demandas com fundamento em questões jurídicas idênticas daí advindas.

Ou seja, o sistema de processo coletivo por si só não foi capaz de adequar a tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição e solucionar a pulverização de conflitos individuais decorrentes das lesões de massa, o que pode ser facilmente comprovado pela análise empírica da realidade do Poder Judiciário e pelo notório problema de administração da justiça¹⁰⁴.

A justificativa para referida ineficiência está nos principais alicerces teóricos e nas peculiaridades do processo coletivo brasileiro, em especial na forma estabelecida pela lei para o regime de legitimidade ativa para o ajuizamento de ações coletivas, a litispendência e a relação entre demandas individuais e coletivas, a limitação das matérias que podem ser objeto de processos coletivos, o regime da coisa julgada nas

¹⁰² “Some remarks on group litigation in comparative perspective”, p. 418.

¹⁰³ *Cfr.* ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 25-35.

O autor coloca como função exercida pelo processo coletivo dentro do ordenamento jurídico a de proporcionar o efetivo acesso à justiça, economia judicial e processual, igualdade diante da lei e no equilíbrio entre as partes e segurança jurídica.

¹⁰⁴ “Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo, na advertência da Paolo Biavati, praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção de instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais. Daí a preocupação atual de se encontrar tipos alternativos de solução de conflitos. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada um das milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que um determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito.” (LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “O regime processual das causas repetitivas”, p. 142).

ações coletivas de proteção aos direitos individuais homogêneos e a restrição aos efeitos da sentença coletiva.

10. Esclarecimento inicial: nem todo processo repetitivo tem por objeto um direito individual homogêneo

Inicialmente, antes de analisar as deficiências técnicas do processo coletivo para fins de solução da crise do Poder Judiciário, é necessário se diferenciar o processo repetitivo enquanto fenômeno processual da errônea afirmação de que necessariamente têm por objeto direitos individuais homogêneos. A equiparação é descabida e feita com base em critérios que não se comunicam¹⁰⁵.

Como já ressaltado, os direitos individuais homogêneos são aqueles “decorrentes de origem comum”. A semelhança completa da causa de pedir (próxima e remota) é requisito essencial para que direitos subjetivos individuais possam ser classificados como individuais homogêneos e, conseqüentemente, tutelados de forma coletiva¹⁰⁶.

As questões de direito repetitivas, que são a característica marcante dos processos (e especialmente) dos recursos repetitivos, não necessariamente possuem origem fática comum, apesar de, eventualmente, esse fenômeno acontecer¹⁰⁷. Em regra, há mera semelhança entre as situações fáticas subjacentes às questões de direito idênticas. Mera semelhança fática, contudo, jamais pode levar a errônea interpretação de que todo processo

¹⁰⁵ Ao que parece é o que faz JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, ao tratar do exemplo prático de processos repetitivos que questionavam a legalidade da cobrança de assinatura mensal de telefone. Para o autor, “a excessiva “atomização” de conflitos que, indiscutivelmente revelam contornos coletivos, próprios das situações previstas no artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.078/90, e que não foram solucionados de forma “molecularizada”, proporcionou a criação de um “gargalo”, exigindo um contingenciamento. (...) Individual na essência – diante de seu caráter indivisível, revelado pela possibilidade de se quantificar, exatamente, o interesse de cada um dos afetados – esse caso concreto representa um dos melhores paradigmas de interesses individuais homogêneos” (“Litigiosidade contida (e o contingenciamento de litigiosidade)”, p. 65).

¹⁰⁶ JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR destaca que a análise da causa de pedir é elemento essencial para possibilitar a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos em juízo, já que, para o autor, “referida tutela, contudo, apenas se dará se, e somente se, as inúmeras causas de pedir das inúmeras demandas individuais que poderiam ser ajuizadas isoladamente mediante legitimação ordinária de um dos interessados, fossem rigorosamente idênticas” (*Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*, p. 43).

¹⁰⁷ Para ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS, “as demandas repetitivas fundam-se em situações jurídicas homogêneas, que possuem um perfil que lhes é próprio e não se resumem aos direitos individuais homogêneos.” (“Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa”, p. 90-91).

repetitivo tem por objeto um direito individual homogêneo e conseqüentemente sempre poderia ter sido tutelado por uma ação coletiva e não foi. Até porque a identidade das questões jurídicas pode vir a acontecer também em ações coletivas que veiculam direitos essencialmente coletivos, e conseqüentemente essas podem vir a ser classificadas como processos repetitivos e ser objeto de umas das técnicas previstas no ordenamento para a situação de repetição, como a técnica de julgamento por amostragem.

A equiparação entre processos repetitivos e direitos individuais homogêneos é feita com base em critérios completamente distintos e, portanto, fadada ao insucesso. Nas palavras de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade em massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.”¹⁰⁸.

Sob esse prisma, o conceito de repetição sem dúvida alguma engloba os direitos individuais homogêneos, já que os processos repetitivos podem ter por fundamento, além dos direitos individuais homogêneos, outras espécies de direito. Para sua configuração, basta que haja a repetição da questão jurídica debatida.

11. As limitações teóricas: o regime de legitimidade ativa para propositura da ação coletiva

A legitimidade para postular a tutela de determinado direito em juízo é do titular da situação da crise de direito material, o que caracteriza o regime de legitimidade ordinária. Esta é a regra geral estabelecida pelo Código de Processo Civil vigente, mais especificamente em seu artigo 6º¹⁰⁹.

A questão da legitimidade para postular a proteção dos direito difusos em juízo sempre foi um dos entraves para a efetividade da tutela de tais direitos, justamente pelas suas peculiaridades substanciais, que não se encaixavam no modelo do processo civil

¹⁰⁸ “Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, p. 256.

¹⁰⁹ “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

tradicional¹¹⁰. Eram necessárias adaptações nos conceitos basilares do processo civil que solucionassem a questão e legitimassem sujeitos não titulares diretos da crise de direito material a postular em nome dos atingidos, para que fossem superados os entraves técnicos e conseqüentemente fosse permitida a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva. E por fugir da regra geral estabelecida pelo Código de Processo Civil, a lei deveria atribuir a determinados entes em situações excepcionais a legitimidade para postular em nome próprio em juízo *supostamente* direito alheio (na realidade, direitos de evidente interesse coletivo). Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o regime de legitimidade ativa extraordinária se dá *ope legis*¹¹¹.

Essa é idéia da legitimidade extraordinária ou substituição processual, o regime jurídico aplicável para a propositura das ações coletivas¹¹². Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “substituto processual é a *pessoa que recebe da lei ou do sistema legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo em nome próprio, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo mas o substituto processual o é*”¹¹³. Vale ressaltar, contudo, que apesar de ser o entendimento adotado por este estudo, a constatação de que a natureza jurídica da legitimidade em ações coletivas é extraordinária é controversa na doutrina¹¹⁴.

Feita esta introdução, o problema do regime de legitimidade ativa do sistema de processo coletivo brasileiro está na restrição imposta pela lei (que atribuiu a

¹¹⁰ Cf. MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH, *Acesso à justiça*, p. 49-51.

¹¹¹ PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 201.

¹¹² Para ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, “havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo, estar-se-á diante da legitimação *ordinária*. Do contrário, quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será extraordinária.” (*Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 249-250). A legitimidade extraordinária pode ainda ser classificada como autonôma (quando o legitimado independe do substituído para exercê-la), subordinada (quando depende), concorrente (o ajuizamento da ação pelo legitimado não impossibilita o substituído de ajuizar sua ação individual) e disjuntiva (todos os legitimados pela lei podem ajuizar a ação coletiva e também ser litisconsortes). (Cf. PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 206).

¹¹³ *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 317.

¹¹⁴ “A doutrina não é pacífica a respeito da natureza da legitimidade do Ministério Público, das associações e das demais pessoas autorizadas por lei para ajuizar a ação civil pública. Muitos afirmam tratar-se de *legitimação ordinária autonôma*, outros entendem que a legitimidade seria *anômala*” (PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 203).

legitimidade extraordinária) aos entes legitimados à propositura de ações coletivas. Vale lembrar que, com exceção da ação popular, cuja lei legitima qualquer cidadão (lei n. 4.717/65, art. 1º), são legitimados para a propositura de ações coletivas o Ministério Público – que tem participação obrigatória, seja na qualidade de autor ou de *custos legis* – a Defensoria Pública, associações constituídas há mais de um ano e com finalidade institucional específica, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista (lei n. 7.347/85, art. 5º e Código de Defesa do Consumidor, art. 82)¹¹⁵.

Referido rol, contudo, é evidentemente insuficiente para o número de situações coletivas que demandam tutela jurisdicional, em decorrência de todas as características da sociedade moderna já listadas no presente trabalho, de modo que há, sem dúvida, uma litigiosidade contida relacionada a direitos transindividuais, o que estimula de certa forma os indivíduos a judicializarem seus conflitos de forma individualizada (atomizada), processos estes que se tornam repetitivos.

Seria mais efetivo dar ao indivíduo lesado a legitimidade para ajuizar a ação coletiva e criar um sistema de controle judicial da legitimidade, ou ainda, quando veiculado em processo individual questões de massa, desenvolver técnicas de coletivização da questão posta em juízo para que os demais lesados participem de alguma forma do processo, exercendo o contraditório que lhe é constitucionalmente garantido, para posteriormente serem atingidos pelo resultado do processo¹¹⁶.

Para fins de efetividade do processo coletivo, portanto, não há dúvida de que o sistema *ope judicis* de legitimidade, com o controle da representatividade adequada do autor, adotado pelas *class actions* e pelo direito anglo-saxão¹¹⁷, é a melhor opção de política legislativa. A restrição e o estancamento da legitimidade *ope legis* para a

¹¹⁵ Cfr. ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 255.

¹¹⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, destaca que a há tempos já se pensava em uma “solução legislativa capaz de impedir que o trato de questões potencialmente portadoras de um *impacto de massa* prosseguisse no plano puramente individual e sem consideração do interesse coletivo que lhes está à base” (“Súmulas vinculantes”, p. 220-221).

¹¹⁷ Assim, enquanto nas *class actions* norte-americanas a legitimidade é do indivíduo, para que ele exerça a *representatividade adequada* da coletividade, examinada pelo juiz em cada caso concreto, aqui o autor é um *representante institucional*, previsto em abstrato pelo legislador. Ou seja, a verificação da legitimidade se dá *ope judicis* nos países anglo-americanos e, em algumas matérias, na Itália; aqui, ela se dá *ope legis* (PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 201).

propositura das ações coletivas tem por consequência a não tutela coletiva de situações que assim deveriam ser tuteladas, já que não há meios e técnicas processuais em primeiro grau de jurisdição aptas a coletivizar a questão posta em juízo¹¹⁸.

Soma-se ao restritivo rol dos entes legitimados pela lei a ineficiência e a falta de seriedade de algumas entidades não estatais voltadas à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹¹⁹, o que também deve ser apontado como fator para a ineficiência do processo coletivo na tutela das demandas de massa, gerando extrema sobrecarga de trabalho aos demais legitimados como o Ministério Público e as Defensorias Públicas, que estão há tempos abarrotados de trabalho e conseqüentemente incapazes de ajuizar inúmeras ações coletivas que seriam necessárias¹²⁰.

São esses, portanto, os elementos relacionados à legitimidade ativa que prejudicam a efetividade do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos processos repetitivos.

12. Segue: a relação entre processos individuais e coletivos

Além das peculiaridades relacionadas à legitimidade ativa, há ainda como óbice para a efetividade do processo coletivo com relação aos processos repetitivos o regime adotado nos casos de litispendência entre ações coletivas e individuais (que tem por objeto direitos individual homogêneos), em especial a forma como a legislação processual regulamenta o relacionamento entre ambas.

¹¹⁸ “O reconhecimento da legitimação aos indivíduos, para a propositura de ações coletivas, a exemplo do que feito em Portugal, poderia impulsionar o uso das ações coletivas, desonerando, por outro lado, o papel quase exclusivo exercido hoje pelo Ministério Público. Observa o autor, contudo, que “mecanismos de controle, entretanto, deveriam ser acrescidos, registrando-se, em particular, o controle da representatividade adequada” (ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 299-300).

¹¹⁹ “Registre-se, igualmente, que as associações de consumidores atualmente existentes são, em grande parte, uma ficção, pois se encontram organizadas em torno de escritórios de advocacia.” (ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 300).

¹²⁰ “Acontece, porém, que as referidas ações não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas, por várias razões. Em primeiro lugar, não há uma quantidade suficiente de associações, de sorte que a maioria das ações coletivas tem sido proposta pelo Ministério Público – e mais, recentemente, pela Defensoria Pública – não conseguindo alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento” (LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, p. 255).

O sistema brasileiro de vinculação dos processos individuais e coletivos é regido pelo art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

O estudo das ações coletivas no direito comparado, em especial do sistema das *class actions* norte-americanas, denota que foram desenvolvidos dois sistemas de vinculação dos autores-individuais à decisão a ser proferida na ação coletiva: os sistemas denominados de *opt-in* e *opt-out*¹²¹. O primeiro deles obriga o autor individual a obrigatoriamente requerer que sua pretensão seja atingida pelos efeitos da decisão proferida na ação coletiva. Já no segundo, os indivíduos são obrigados a pleitear sua desvinculação da decisão do processo coletivo para que sua pretensão não tenha o mesmo fim.

A regra estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor não adotou nenhum dos dois sistemas de vinculação, o que tem como consequência inevitável a continuidade de processos individuais mesmo com o processo coletivo que trata da mesma matéria pendente de apreciação pelo Poder Judiciário, o que estimula a pulverização dos conflitos e o aumento do número de processos repetitivos. E não há dúvida, corroborando a posição adotada por ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, de que para o fim de contenção dos processos repetitivos, a opção mais coerente e eficaz seria a adoção do sistema de *opt-out*, colocando-se a ação coletiva obrigatoriamente como referência na apreciação da questão pelo Poder Judiciário¹²².

¹²¹ ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas do direito comparado e nacional*, p. 277.

¹²² ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES faz veemente crítica ao artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Para o autor, “a experiência do direito comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacomplamento do litígio coletivo, dentro de prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.” Continua o autor: “Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as

É de se ressaltar, contudo, que referida escolha legislativa dependeria (a) de uma maior efetividade dos meios de notificação para se ter certeza que as informações a respeito da existência e dos termos da ação coletiva sejam devidamente divulgadas aos litigantes individuais e titulares da pretensão de direito material, para que posteriormente fizessem a consciente opção de não se submeterem aos efeitos da sentença coletiva; e (b) de um controle muito rígido, por parte do Poder Judiciário, da representatividade adequada dos legitimados ativos que ingressassem em juízo¹²³.

13. Segue: limitação do objeto das ações coletivas

Há ainda que se destacar mais um fator que limita a eficiência do sistema de processo coletivo com relação aos processos repetitivos: a limitação das matérias que podem ser objeto de ação civil pública estabelecida pelo *inconstitucional* parágrafo único do art. 1º da lei n. 7.347/85.

Referido artigo estabelece que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

A absurda e inconstitucional restrição imposta pela lei por fins unicamente políticos afeta diretamente a eficácia do sistema, na medida em que grande parte da litigância de massa e conseqüentemente dos processos repetitivos decorre de conflitos previdenciários e tributários. E não há dúvida de que as técnicas de processo coletivo contribuiriam para o combate à dispersão de pretensões individuais caso não

questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à justiça e fortalecimento das ações coletivas. (...). A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).” (*Ações coletivas do direito comparado e nacional*, p. 277).

¹²³ ADA PELLEGRINI GRINOVER, em sentido contrário ao aqui exposto, elogia o sistema adotado pelo Brasil: “afastando-se decididamente do modelo norte-americano do “opt out” e do “opt in” das “class actions for damages”, o sistema brasileiro escolheu um critério aderente à sua própria realidade socioeconômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação, os próprios esquemas de legitimação que não contemplam o controle do juiz sobre a “representatividade adequada” do portador em juízo dos interesses coletivos” (“Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, p. 21).

existisse referida limitação, que ao que parece não possui qualquer fundamentação técnica nem jurídica¹²⁴.

14. Segue: os efeitos da sentença proferida em ações coletivas

A limitação da eficácia da sentença coletiva estipulada pelo extremamente controvertido art. 16 da Lei da Ação Civil Pública tem forte influência na efetividade da tutela jurisdicional coletiva e também tem causado grande debate na utilização dos mecanismos de processo coletivo.

Estabelece referido dispositivo que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”.

Não há como se limitar (nos limites da competência territorial do órgão prolator) os efeitos subjetivos da coisa julgada formada no processo coletivo, como se presume que pretendeu o dispositivo, se o objeto da ação coletiva é direito difuso ou coletivo, até pela indivisibilidade do objeto que caracteriza referidos direitos¹²⁵.

Por mais que referido dispositivo seja amplamente criticado pela literatura especializada pela falta de preocupação com a técnica e por sua *suposta*

¹²⁴ Na opinião de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “é flagrantemente inconstitucional a vedação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/85. Isso, evidentemente, sem considerar eventual ausência dos pressupostos legitimadores de sua reedição (CF, art. 62) ou um patente desvio de poder (de função “legislativa”) na edição de um ato como aquele. O que é muito claro no novo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/85 é que o Executivo Federal quis, vez por todas, vedar (ou debelar) todas e quaisquer ações civis públicas que tenham como objeto as matérias que enumera. Quer evitar, assim, o acesso coletivo à Justiça e que permite (ou deveria permitir, não fossem os problemas apontados nos itens 2 a 4 *supra*), com uma só decisão jurisdicional e de uma só vez, ver reconhecido o direito de um sem-número de pessoas afetadas por atos governamentais.”(*O Poder Público em juízo*, p. 151). No mesmo sentido é a opinião de ROGÉRIO MOLLICA, *Os processos repetitivos e a celeridade processual*, p. 202 e HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 132-133.

¹²⁵ “Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial”(ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 279-281). No mesmo sentido é a lição de TEORI ALBINO ZAVASCKI, para quem “se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada”(Processo coletivo. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 66).

*inconstitucionalidade*¹²⁶, o fato é que a jurisprudência é bastante controvertida a respeito do tema e a interpretação literal do dispositivo pode levar à conclusão de que os efeitos da coisa julgada estariam limitados ao âmbito da competência territorial do órgão prolator, o que conseqüentemente afeta a efetividade da decisão coletiva.

E tais fatores influenciam diretamente na efetividade da tutela jurisdicional, que impacta, necessariamente, na missão de combater o tratamento individual de questões de massa.¹²⁷

15. Segue: o regime da coisa julgada nos processos coletivos

O último fator de influência na efetividade do processo coletivo no combate ao males decorrentes dos litígios massificados e repetitivos é o regime de coisa julgada adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro com relação às ações coletivas que têm por objeto a proteção de direitos individuais homogêneos.

Estabelece o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso III, que a sentença da ação coletiva faz coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”. O inciso III do art. 81 também do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos individuais homogêneos, que, na definição da própria lei, são “os decorrentes de origem comum”.

O regime estabelecido, nitidamente preocupado com que os efeitos da coisa julgada não prejudicassem terceiros que *supostamente* não participaram da ação coletiva (até por força da aplicação do art. 472 do Código de Processo Civil)¹²⁸ e não

¹²⁶ Esse é o entendimento de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES (*Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 279-281).

¹²⁷ Julgado recente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em regime de recursos repetitivos fixou o entendimento no tribunal de que a sentença proferida em ação civil pública é eficaz em todo o território nacional, não importando a competência do Tribunal no qual tenha sido proferida, desde que os beneficiários da sentença estejam em todo o território nacional (Recursos especiais nn. 1243887 e 1247150, ambos relatados pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO). O entendimento paradigmático, se respeitado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, deve contribuir para uma maior efetividade do processo coletivo no tocante aos processos repetitivos.

¹²⁸ “Aplica-se também à coisa julgada nas ações civis públicas a limitação, constante do art. 472 do CPC: terceiros, embora possam ser beneficiados, jamais poderão ser atingidos negativamente pela sentença proferida em processo em que não tenham sido partes” (TEORI ALBINO ZAVASCHI, *Processo coletivo. Tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 66).

tiveram direito ao contraditório e a ampla defesa, optou por não afetá-los em caso de improcedência daquela quando o objeto seja a tutela de direitos individuais homogêneos.

A intenção do legislador, apesar de nobre, se mostrou muito pouco funcional. A não extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros *titulares do mesmo bem da vida já tutelado pelo processo coletivo* permite a continuidade da avalanche de processos individuais a respeito do mesmo tema, e conseqüentemente agrava a situação da crise de administração da justiça, já que grande parte dos processos repetitivos veiculam direitos individuais homogêneos.

Ainda, caso o entendimento a respeito da matéria tivesse sido definido por uma única ação coletiva, não há dúvida de que seriam mitigados os efeitos negativos ao ordenamento da dispersão de julgados sobre o mesmo tema, em flagrante desrespeito à segurança jurídica, isonomia e economia processual.

E referido tratamento diferenciado às ações coletivas cujo objeto são os direitos individuais homogêneos, que tinha por objetivo dar tratamento isonômico ao terceiro que não participou da ação coletiva e é titular de uma pretensão de direito material como os que são substituídos no processo coletivo, acabou por infringir referido princípio. Na opinião de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, “o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de umas das partes”¹²⁹.

E o regime estabelecido é, na realidade, o reflexo da falta de confiança do legislador nos legitimados extraordinários para a propositura da ação coletiva¹³⁰.

¹²⁹“*Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 279.

¹³⁰ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, tratando da tutela dos direitos difusos, observam que “uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os

§4. A problemática das demandas de massa no direito comparado

16. Esclarecimentos quanto à comparação

A análise do direito comparado deve ser feita com muito cuidado. As peculiaridades de cada sociedade e conseqüentemente do direito em cada ordenamento, a cultura de cada povo e lugar, os antecedentes históricos dos institutos analisados, enfim, tudo influencia na realidade da prestação da tutela jurisdicional e deve ser levado em consideração quando de qualquer análise a título de comparação¹³¹.

Os cuidados que o estudioso do direito deve ter com os critérios de comparação não afastam a importância da análise do direito comparado. Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “a *regra de ouro* de toda comparação jurídica é a *utilidade que ela deve ter para a melhor compreensão e operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados*”¹³². E quando o tema é litigância de massa, fenômeno reconhecidamente mundial, não há dúvida de que o direito comparado pode arejar as idéias dos processualistas brasileiros sempre em busca de soluções inovadoras e efetivas.

E é justamente essa a intenção da análise comparativa que será feita no presente estudo: analisar os mecanismos existentes no direito comparados que foram desenvolvidos como uma tentativa de adaptação da prestação da tutela jurisdicional aos fenômenos das massas e da repetição, até para visualização do problema por perspectivas diferentes. Não há dúvida de que o exercício de comparação é um dos meios eficazes para que se alcance o objetivo de melhor compreensão e utilização das técnicas processuais com finalidade semelhante presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de serem ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos”. (*Acesso à justiça*, p. 49-50).

¹³¹ “Em toda comparação jurídica, processual inclusive, quatro ordens de fatores precisam ser sempre levados em conta, sob pena de graves distorções, a saber: a) a diversidade das fontes formais do direito processual, (b) a definição e estrutura da Justiça de cada país, (c) a índole do direito nacional e (d) a diversidade dos conceitos presentes nos ordenamentos jurídicos comparados.”(CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 59).

¹³² *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 58.

17. Um panorama do processo coletivo

O fenômeno da massificação de demandas individuais e a necessidade de criação de técnicas processuais que tutelem de forma adequada as demandas de massa não é problema exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina estudiosa do processo civil em diversos outros países¹³³ tem se debruçado sobre o tema, sempre em busca de uma solução em prol da efetividade da prestação da tutela jurisdicional aos direitos transindividuais e individuais homogêneos, por meio do tratamento adequado aos litígios de massa.

Independentemente das famílias do direito, todos os ordenamentos jurídicos tem como referência mundial de adaptação da prestação da tutela jurisdicional à litigância de massa é o regime das *class actions* no direito americano, ainda que esta não seja a única alternativa no direito norte-americano para adequação da tutela jurisdicional ao fenômenos das massas¹³⁴.

As *class actions*, como instrumento pioneiro na tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, influenciou diversos outros países a desenvolverem seu próprio sistema de processo coletivo ou pelo menos a prever alguma técnica processual voltada ao tratamento adequada das demandas de massa.

Países como Brasil, Portugal, Colômbia, Suécia, Noruega, Israel, Província de Catamarca e de Rio Negro (Argentina) possuem um verdadeiro sistema de processo coletivo¹³⁵. Alguns outros países não chegaram a desenvolver um sistema, mas

¹³³ Para uma análise completa e detalhada da litigância de massa em todo o mundo, recomenda-se a leitura de *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe di gruppo*.

¹³⁴ Vale frisar que esta não é a única técnica utilizada pelo direito norte-americano para adaptação da tutela jurisdicional aos processos de massa. Há outras formas de “aggregate litigation”, termo que abrange todas as técnicas processuais voltadas às demandas de massa. Para RICHARD A. NAGAREDA, “the term “aggregate litigation“ has come to encompass the various procedural techniques used to litigate civil claims on a mass or collective basis in such a way to yield preclusion”. Ainda, referidas técnicas, dentre as quais estão as *class actions*, surgiram da incapacidade do processo civil tradicional em tutelar situações de massa. Ainda na lição de RICHARD A. NAGAREDA, “the need for aggregate litigation procedures arises from the mass nature of wrongs in modern society and the limited capacity of conventional preclusion principles, developed in one-on-one litigation, to yield closure on a commensurately mass basis”. (*The law of class actions and othes aggregate litigation*, p. 25).

¹³⁵ Cf. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*, p. 31.

possuem “disposições ou técnicas em matéria de processos coletivos”, como por exemplo Uruguai, Holanda, Costa Rica, Argentina, Peru, entre outros¹³⁶. Por fim, outros países desenvolveram apenas “leis ou dispositivos setoriais que prevêm processos coletivos em matérias determinadas”, como a Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, entre outros¹³⁷.

A constatação de que nem todos os países desenvolveram um verdadeiro sistema de processo coletivo é a demonstração de que há ainda alguns preconceitos, em especial em países da Europa continental, na adoção da técnicas coletivas¹³⁸, em especial por conta de algumas peculiaridades teóricas como o regime de legitimidade ativa e a possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros. Há ainda intenso debate a respeito da real necessidade de se criar um sistema de *class actions* em alguns dos países que ainda não a adotaram.

MICHELE TARUFFO faz veemente crítica aos países da Europa continental pela não adoção de um sistema de processo coletivo. Para o italiano, a resistência aos instrumentos de tutela coletiva é verdadeira negação ao acesso à justiça¹³⁹. E as razões para o preconceito com as *class actions*, segundo o autor, são a ignorância a respeito do funcionamento, as perspectivas distorcidas, em especial pela mistura dos conceitos do sistema de ação coletiva com outros que lhe são característicos nos Estados Unidos, como os danos punitivos e o regime dos honorários advocatícios, além da força dos conceitos tradicionais e basilares do processo civil¹⁴⁰.

A comunidade jurídica alemã, por exemplo, ainda é reticente quando o assunto é processo coletivo, em virtude das adaptações a conceitos tradicionais do processo civil inerentes à aplicação de tais técnicas. Há quem entenda, inclusive, que a sociedade

¹³⁶ Cf. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*, p. 79.

¹³⁷ Cf. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*, p. 144.

¹³⁸ MICHELE TARUFFO faz essa constatação. Para o autor, “in fact, in many civil law systems, there is still widespread and strong resistance toward the acceptance of any full-fledged form of group or class litigation. Statements such as “we don’t need any class action” and “these are strange American things-better not to import them” are rather frequent in European legal discourse”(“Some remarks on group litigation in comparative perspective”, p. 413).

¹³⁹ “One of the consequences of such an approach is that in many cases the access to justice for large groups or classes of people is denied, although modern European constitutional systems claim to guarantee every person his or her own right of action” (“Some remarks on group litigation in comparative perspective”, p. 413).

¹⁴⁰ “Some remarks on group litigation in comparative perspective”, p. 413-417.

alemã não necessita das *class actions* para a solução das crises sociais de cunho coletivo¹⁴¹. Ainda que exista um debate a respeito da intrusão de instrumentos de processo coletivo dentro do ordenamento jurídico alemão¹⁴², a opinião que tem prevalecido é desfavorável à adoção de um sistema de processo coletivo¹⁴³.

Apesar disso, ALUÍSIO DE CASTRO MENDES observa que “o tema da tutela coletiva vem despertando grande interesse nos juristas alemães, tanto no âmbito interno como no externo, valendo notar, em especial, a quantidade e a qualidade de trabalhos voltados para o estudo do assunto no direito comparado, com enfoque no modelo americano das *class actions*, e o recente debate relacionado com a incorporação, na legislação local, das diretrizes da União Européia atinentes à tutela inibitória coletiva”¹⁴⁴

Em decorrência de todos os debates e preconceitos supracitados, alguns ordenamentos desenvolveram outras formas de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno das massas fossem desenvolvidas. Mas também países que possuem um sistema de processo coletivo desenvolveram outras forma tutela adequada aos processos massificados. E é justamente este o ponto que será tratado no próximo item.

18. A alternativa do processo modelo ou processo teste

Uma das alternativas adotadas para adaptação da tutela jurisdicional aos conflitos de massa, tanto pelos ordenamentos que relutam em criar um sistema de processo

¹⁴¹ “In dealing with the topic of our panel this morning—civil law approaches to widespread injuries—one may ask the question, “Why do we not use the device of class actions?” The answer is just that we do not have class actions in our legal system and that we think we can solve the problems without adopting class action systems.”(GERHARD WALTER, “Mass tort litigation in Germany and Switzerland, p. 1).

¹⁴² “A questo proposito, in Germania si sta contemplando se e come modificare od espandere i meccanismi processuali esistenti al fine di soddisfare concretamente sia gli interessi diffusi dei consumatori che quelli particolari di alcuni di essi. In tal senso, l’attenzione si è via via focalizzata su quel particolare tipo di azione di gruppo che negli Stati Uniti è stata definita “*class action*” e che è considerata l’esempio classico di come perseguire l’interesse collettivo con un’unica azione”(RALF-THOMAS WITTMANN, “Il contenzioso di massa in Germania”, p. 168).

¹⁴³ “The pré-dominant opinion in Germany does not favour any class actions of American style. The experiences of German and other European litigants with American class actions are largely perceived from a defendant’s perspective. Accordingly, class-action-litigation in the US is often considered as a “nightmare” by European (e.g German) enterprises. Strong incentives in favour of the American collective remedies, such as punitive and treble damages, pre-trial discovery, contingency fees and the American rule on costs are considered to violate German (and also European) public policy.”(Relatório elaborado pelo Professor BURKHARD HESS e que consta da obra *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, p. 145-146).

¹⁴⁴ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 120.

coletivo quanto os que já possuem legislação neste sentido, é a introdução de procedimentos – em cada país com sua peculiaridade teórica – voltados à solução de questões comuns a inúmeros processos por meio da análise de um processo modelo ou processo teste¹⁴⁵, formando-se uma decisão paradigma aplicável aos demais casos que também tratem da idêntica matéria (de fato ou de direito)¹⁴⁶. Apesar das inúmeras diferenças técnicas e procedimentais ao redor do mundo, pode-se estabelecer uma comparação à técnica de julgamento por amostragem, objeto do presente estudo¹⁴⁷.

A definição de um processo modelo ou a criação de um incidente para decisão conjunta de questões comuns a inúmeros processos é vista com muito bons olhos no países que ainda não adotaram um sistema de processo coletivo, justamente porque podem solucionar o problema da litigância de massa sem as adaptações em conceitos basilares do processo civil tradicional, características do processo coletivo¹⁴⁸.

¹⁴⁵ ANTÔNIO DO PASSO CABRAL utiliza a nomenclatura “procedimentos de grupo de formato não representativo”, por ele definidos como aqueles em que “são estabelecidos incidentes de coletivização de questões comuns a inúmeras pretensões individuais, permitindo solução conjunta de temas idênticos e evitando distorções da legitimidade extraordinária e coisa julgada coletiva”(“O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, p. 123).

¹⁴⁶ ANTONIO DO PASSO CABRAL aponta que “uma das possíveis soluções adotadas no exterior é a das chamadas causas piloto ou processos-teste (*casi pilota*, *Pilotverfahren* ou *test claims*), uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais. Assim ocorre na Inglaterra, por força das Parts 19.13 (b) e 19.15 das Civil Procedure Rules, e também encontra paralelo no ordenamento austríaco.” (“O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, p. 129).

¹⁴⁷ ADA PELLEGRINI GRINOVER, analisando a técnica de análise da repercussão geral por amostragem, assevera que “trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de “caso-piloto”, “caso-teste” ou “processo-mestre”, Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pelo Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo). (“O tratamento de processos repetitivos”, p. 5). No mesmo sentido, ainda a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, comentando o julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos, observa a que “trata-se da adoção, pelo sistema brasileiro, de uma modalidade de “caso-piloto” (...) restrita, porém, ao Recurso Especial. Nos ordenamentos estrangeiros que adotam a técnica de julgamento por amostragem, sua abrangência é mais ampla, colhendo os processos de primeira instância em que há recurso para o tribunal de segundo grau. Por isso mesmo, nesses sistemas, o julgamento por amostragem não se restringe a idêntica controvérsia de direito, abrangendo a de fato”(“O tratamento de processos repetitivos”, p. 7).

¹⁴⁸ ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, em completo estudo sobre o tema, pontua as vantagens da adoção de outras técnicas em comparação aos processos coletivos. Para o autor, “sem embargo, algumas alternativas vêm sendo vislumbradas no direito comparado. Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de uma espécie de *incidente coletivo* dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma “não-parte substituída”. (...) “A efetividade do incidente coletivo é proporcional, portanto, à possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos

Na Alemanha, por exemplo, foi criado no ano de 2005 o instituto denominado *Musterverfahren*¹⁴⁹. A motivação para inserção do instrumento no ordenamento jurídico alemão foi a dificuldade no julgamento de 2.500 (dois mil e quinhentos) processos distribuídos por 14.447 (quatorze mil quatrocentos e quarenta e sete) investidores da Bolsa de Frankfurt, representados por 754 (setecentos e cinquenta e quatro) advogados ou sociedade de advogados, em face da Deutsche Telekom¹⁵⁰. Alguns tratam o *Musterverfahren* como um verdadeiro instrumento de processo coletivo¹⁵¹. Não parece este, contudo, o posicionamento mais correto¹⁵².

O *Musterverfahren* tem aplicação restrita às demandas no âmbito do mercado mobiliário, sendo vedada sua aplicação analógica em outras espécies de litígio¹⁵³. Em breve síntese, vale pontuar algumas peculiaridades relevantes do *Musterverfahren*: (a) O procedimento modelo alemão pode ter por objeto tanto questões comuns de fato quanto de direito, enquanto que as técnicas brasileiras são restritas às questões de direito comuns com potencial de gerar uma multiplicação de demandas; (b) o *Musterverfahren* só pode ser

de muitas pretensões similares, e que possam tais questões ser resolvidas coletiva e uniformemente para todas as demandas individuais. E a idéia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada. Mantêm-se os princípios e instrumentos do processo civil individual, assegurando o respeito às singularidades. Preservam-se a garantia do devido processo legal e o princípio dispositivo em sua plenitude.” (“O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão”, p. 128-129).

¹⁴⁹ Para criação do denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, a comissão que elaborou o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil se inspirou no *Musterverfahren*, lá criado para demandas cujo objeto é o ressarcimento de danos causados aos investidores do mercado mobiliário. O Ministro LUIZ FUX, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, observa que “no direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu..

¹⁵⁰ RALF-THOMAS WITTMANN, “Il contenzioso di massa in Germania”, p. 176-177.

¹⁵¹ “This development led the German legislator to a reaction: A recent law concerning master proceedings in securities litigation was enacted in 2005. The aim of this act is to prevent German litigants from filing lawsuit for infringements of securities (and similar) legislation in American courts. By introducing this act, German legislation adopted for the first time a form of collective remedy for mass tort litigation” (Relatório elaborado pelo Professor BURKHARD HESS e que consta da obra *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, p. 146).

¹⁵² “With the law on model proceedings for investors (KapMug 16.08.2005) the legislator has not introduced a collective action for damages but only an obligatory model procedure to ascertain common controversial questions of law or questions of fact” (PETER GOTTWALD, “About the extension of collective legal protection in Germany”, p. 158).

¹⁵³ “Per quanto riguarda l’ambito di applicazione, La KapMug si applica unicamente alle controversie relative agli illeciti in campo finanziario e non può trovare applicazione estensiva o analógica in altri campi del diritto (ad ES. nei casi di responsabilità da prodotto difettoso).” (RALF-THOMAS WITTMANN. “Il contenzioso di massa in Germania”, p. 178).

suscitado pelas partes¹⁵⁴, enquanto que as técnicas brasileiras – aqui se tratando em especial do julgamento por amostragem nos Tribunais Superiores - são suscetíveis de ofício; (c) A decisão proferida no *Musterverfahren* não possui efeito vinculante¹⁵⁵, exigindo a litispêndia aos processos individuais no momento da decisão, da mesma forma que o julgamento por amostragem nos Tribunais Superiores e diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Já no direito inglês, a técnica do processo modelo ou “test claim”¹⁵⁶ dentro das GROUP ACTIONS é largamente utilizada. Neil ANDREWS, a respeito desta forma de observa que: “esse tipo de ordem é a mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes (...). As GLO – *Group Litigation Orders* – são uma forma específica de reunião das partes, por meio de listagem de ações com registro em grupo. Seus principais componentes são: (i) o tribunal deve aprovar a ordem do litígio em grupo; (ii) ao contrário do modelo de representação (...), o litígio em grupo envolve *opt-in* de cada indivíduo; (iii) um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo, quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão, do processo; (iv) durante o trâmite das GLO, o tribunal exerce administração intensa do caso e da instrução; (v) as decisões sobre questões “comuns” atingem o grupo, sendo a seu favor; (vi) os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrerem das questões “comuns”.¹⁵⁷

Também no processo civil português, muito por conta da morosidade do Poder Judiciário¹⁵⁸, foi desenvolvida o regime processual experimental, aplicável somente a

¹⁵⁴ Cfr ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, “O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, p. 133.

¹⁵⁵ Cfr ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, “O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, p. 139.

¹⁵⁶ No direito inglês, NEIL ANDREWS observa que, dentro do procedimento do “Group Action”, “when a claim is singled out to forma a test claim, decisions in that case are binding on all similar claims on the group register. The result of the test claim can also bind subsequent claims added to the register, if the court so directs” (“Multi-Party proceedings in England: representative and group action”, p. 261).

¹⁵⁷ *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, p. 343.

¹⁵⁸ “A crise dos tribunais tem levado os sucessivos governos do país a introduzir na lei processual normas jurídicas que visam garantir maior celeridade na resolução dos litígios. O CPC foi nos anos de 1995-1996 objecto duma profunda revisão, que o actualizou, recuperando décadas de atraso da lei portuguesa. Mas, desde então, a lei de processo não tem deixado de sofrer alterações (...) e outras ainda procurando desesperadamente acelerar o processo a fim de impedir os efeitos do aumento vertiginoso da litigiosidade. (...) Está entre estas o regime processual experimental do DL 108/2006, de 8 de julho, entrado em vigor em alguns tribunais do país e sujeito a avaliação de dois anos.”. Observa ainda o

algumas regiões do país¹⁵⁹, que permite ao magistrado, entre outras coisas, o julgamento de questões comuns a vários processos individuais.

No processo austríaco, o *Testprozess* ou *Musterprozess* é aplicável a casos referentes ao direito do trabalho¹⁶⁰ e em processos consumeristas, âmbito este no qual desempenha relevante papel e já obteve resultados significantes¹⁶¹.

Vê-se, portanto, que há institutos semelhantes ao julgamento por amostragem em outros ordenamentos, independentemente do grau de efetividade das *class actions* em cada um deles.

A técnica de julgamento por amostragem brasileira ainda pode ser aperfeiçoada, como será inclusive sugerido na conclusão deste estudo. Contudo, não há dúvida que sua criação e desenvolvimento estão em sintonia com outros ordenamentos jurídicos e com a *tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição*, ainda mais se levado em consideração que, dentro do ordenamento brasileiro, a técnica de julgamento por amostragem exerce função complementar à exercida pelo sistema de processo coletivo, reconhecidamente um dos mais avançados do mundo.

autor que o regime processual experimental “contém soluções bem intencionadas, mas de êxito prático duvidoso, como são as de proporcionar a agregação transitória de acções para a prática conjunta de alguns actos processuais”. (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Regime processual experimental: A fase dos articulados”, p. 805).

¹⁵⁹ LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA observa que “o regime processual experimental, aplicável apenas a algumas regiões do país, não se estendendo a todo o território português, mas somente às localidades onde se verifica uma obstrução dos tribunais com grande quantidade de causas, tem por finalidade instituir um tratamento especial aos chamados litigantes de massa, com previsão de decisões judiciais que abranjam, a um só tempo, vários processos” (“O regime processual das causas repetitivas”, p. 154). JOSÉ LEBRE DE FREITAS comemora a limitação da aplicação da técnica somente para algumas regiões. Para o autor, “é de se elogiar a prudência com que se escolheram os tribunais da nova experiência: no Porto, o juízos cíveis e os juízos de pequena instância cível, deixando o processo ordinário continuar a prosseguir os seus termos nas varas; na província, os tribunais de Almada e do Seixal, cuja muita pendência e muitos atrasos deixam de pensar que não se perderá muito em tentar um novo regime. Dentro de dois anos, concluída a experiência, veremos os resultados” (“Regime processual experimental: A fase dos articulados”, p. 808).

¹⁶⁰ OSKAR J. BALLON, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren*, p. 466.

¹⁶¹ “the so-called test case is a suitable means for the assertion of consumer’s claims. (...) The qualified entity conducts this *single case as a “test case” against the defendant* and in contrast to the *Verbandsklage* allows for the assertion of damages. In Austrian procedural practice the test case plays an important role. For example, the successful test case against the Vienna Municipal Transport Services (*Wiener Verkehrsbetriebe*) challenging a unilateral increase in price of the annual ticket was a headline catching event. As a result all the annual ticket’s holders that have paid their ticket in monthly installments did benefit” (Relatório do Professor WALTER RECHBERGER e que consta da obra *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, p. 152-153). Dando o mesmo exemplo de caso de sucesso do *Testprozess*, conferir “Il contenzioso di massa in Austria”, p. 152.

§5. As tendências do processo civil moderno no desenvolvimento das técnicas processuais de tutela dos processos repetitivos

19. Esclarecimentos iniciais

Expostos os fundamentos e estabelecidas as premissas no âmbito do direito material e na realidade social que legitimam a criação das técnicas adequadas aos processos repetitivos, em especial da técnica de julgamento por amostragem, vale ressaltar que esta tem em sua base a forte influência de duas tendências do processo civil moderno que vêm influenciando o legislador a criar inúmeros instrumentos para adequação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição, a saber: (a) a tendência de coletivização da tutela jurisdicional; (b) a tendência de valorização de precedentes judiciais.

20. A tendência de coletivização da tutela jurisdicional

Em paralelo ao maciço conjunto de mudanças na essência das relações sociais e na função social exercida pelo Poder Judiciário a partir da segunda metade do século passado, não foram poucos os esforços legislativos e doutrinários em prol da universalização da tutela jurisdicional e do efetivo acesso à justiça que almejavam a remoção de obstáculos que limitassem de alguma forma a atuação da jurisdição.

Diante das novas bases sociais, a atuação do Poder Judiciário, não só com relação à função política da instituição, mas também a atividade judicante em si, teve de ser revista. A ontologia dos conflitos sociais foi profundamente alterada pela nova realidade social, assim como a quantidade das pretensões postas em juízo. Houve verdadeira coletivização dos problemas sociais, até pelo fenômeno de ascensão das massas, o que tornava necessário o desenvolvimento de técnicas capazes de tutelar de forma adequada essas situações de direito material antes ignoradas pela ciência processual civil.

O Código de Processo Civil atual, vigente desde 1973 foi desenvolvido em um momento histórico no qual as crises de direito material que demandavam resposta do Poder Judiciário eram essencialmente individuais, já que não havia a efetiva consciência da existência de situações de direito material que atingiam uma coletividade, ainda mais porque o código foi desenvolvido sobre a forte influência do Estado Liberal. O processo

civil, à época, era desenvolvido com base na premissa básica, consagrada em seu artigo 6º¹⁶², de que ninguém é legitimado a postular direito alheio em nome próprio.

Nessa linha, inúmeras reformas ao texto do Código de Processo Civil e a legislação processual pensadas com o intuito de adaptar os instrumentos disponíveis à nova realidade das crises de direito material.

Em especial, a doutrina destaca as três grandes ondas reformistas do processo civil brasileiro, a saber: (a) a primeira, em meados da década de 1980, na qual foi revisitado o conceito e o escopo do acesso à justiça, em especial para que fossem feitos esforços no sentido de remover os obstáculos ilegítimos à prestação da tutela jurisdicional para as populações mais carentes mediante o desenvolvimento de regimes de assistência judiciária, diminuição dos custos do processo e criação de inúmeros instrumentos destinados à tutela dos denominados direitos transindividuais, movimento reformista muito influenciado pelas lições de CAPPELLETTI;¹⁶³ (b) a segunda onda reformista, datada de meados dos anos 1990, alterou substancialmente o Código de Processo Civil criando instrumentos em prol da efetividade do processo, como a tutela antecipada e as execuções específicas do artigo 461 do Código de Processo Civil; (c) por fim, a terceira onda

¹⁶² Nessa linha, NELSON NERY JUNIOR assevera que “os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. Ao pensar, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável.” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 196). Ainda sobre o mesmo tema, TEORI ALBINO ZAVASCKI afirma que “O Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, foi estruturado a partir da clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. Para cada uma destas espécies o Código destinou um livro próprio, disciplinando o respectivo ‘processo’, com suas ‘ações’ e seus ‘procedimentos’ autônomos. Fez-se sentir, também nesse aspecto, de modo marcadamente acentuado, a doutrina de Enrico Tullio Liebman, quando, referindo-se às ações, sustentava que ‘no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie de provimento pedido’, sendo que ‘sob este ponto de vista, as ações distinguem-se em três categorias: a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares’. Continua observando que “tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’ (CPC, art. 6º). Não se previram, ali, instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo (...). Não se previram, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados “interesses difusos e coletivos” (*Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 13).

¹⁶³ Cfr. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, p. 17.

reformista, datada de meados dos anos 2000, que alterou substancialmente o regime de execução, consagrando a figura do processo sincrético pela retirada de autonomia do processo de execução, que passou a ser uma fase estanque do processo de conhecimento.

Não há dúvida de que todas as alterações legislativas supracitadas modificaram de alguma forma a vida dos litigantes e foram, em sua maioria, essenciais para a contínua melhora na efetiva prestação da tutela jurisdicional em seu objetivo de entrega do bem da vida a quem tem razão.

Para fins de adequação da tutela jurisdicional às demandas de massa, o que é o objeto de presente estudo, convém destacar a tendência que surgiu como consequência da primeira onde reformista de desenvolvimento dos instrumentos de processo coletivo e consequente coletivização da tutela jurisdicional.

Isto porque o subsistema de processo coletivo tem função essencial não só de tutelar adequadamente os direitos difusos e coletivos, isto é, direitos com titulares indeterminados ou determináveis, respectivamente, mas também, por sua natureza, são hábeis a evitar a massificação de litígios repetitivos e os males decorrentes de julgamentos dispersos a respeito da mesma matéria de direito.

Ou seja, em decorrência das transformações sociais características da sociedade moderna e da coletivização dos conflitos sociais, em especial do pleno desenvolvimento do processo coletivo, a doutrina já vem notando há tempos uma forte tendência de *coletivização da tutela jurisdicional*¹⁶⁴, inclusive como aspecto de sua universalização.

¹⁶⁴ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO observa que “a partir de todos esses elementos pode-se identificar em primeiro plano uma tendência à coletivização da tutela jurisdicional, especialmente mediante a adoção e prática de ações coletivas. O poder polinizador da doutrina, dos congressos e do direito comparado apresenta-se como fator que permite antever a generalização desse movimento de transmigração do individual para o coletivo – seja com a adoção de medidas coletivizadoras pelos países ainda não empolgados por essa idéia ampliadora da tutela jurisdicional, seja mediante a assunção de posturas corajosas que permitam superar males ainda existentes onde o movimento já principiou” (“O futuro do processo civil brasileiro”, p. 147). Neste mesmo sentido, “o processo eminentemente individualista do século XIX e da primeira metade do século XX (até por volta dos anos setenta), que respondia aos anseios de um direito material igualmente individualista, foi se transformando em um processo destinado a atender também grupos, categorias e classes de pessoas, no que se refere, sinteticamente, à qualidade de vida (direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, à segurança dos investidores etc.). Trata-se, agora, de dar apoio, com novos instrumentos processuais, aos interesses de massa, em uma sociedade de massa.” (ANTÔNIO

Essa expressão – *tendência de coletivização da tutela jurisdicional* - vale frisar, não tem como único efeito o desenvolvimento do processo coletivo. Há também evidente necessidade, notada quando a repetição de processos com idêntica questão de direito começa a ser destacada como um dos principais fatores de excesso de trabalho nos tribunais em todas as instâncias, de criação de mecanismos voltados à solução prioritária e paradigmática de questões de direito que tenham surgido em processos individuais ou até mesmo em processos coletivos, desde que tenham importância que transcende a esfera das partes envolvidas¹⁶⁵. Ou seja, questões de direito comuns a vários litigantes que, pela repetição, possibilitam o seu tratamento conjunto com a definição de uma decisão paradigmática com efeitos panprocessuais.

21. A caminhada de valorização da jurisprudência¹⁶⁶

Não é só a tendência de coletivização da tutela jurisdicional que tem influenciado de maneira relevante o desenvolvimento das técnicas de processamento e julgamento adequadas às demandas de massa. Outra forte tendência, também amplamente

CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 142). RONNIE PREUSS DUARTE afirma que “hoje há verdadeiro consenso entre os juristas, no que respeita à inadequação do processo civil clássico – talhado para a solução de conflitos intersubjetivos de interesses – no tocante à satisfação dos anseios da sociedade moderna, sobretudo quanto à sua aptidão para que sejam resolvidos conflitos que envolviam uma pluralidade de pessoas”. Aponta ainda que “os prejuízos ocasionados à administração da justiça no caso de uma proliferação de demandas tendo idêntico objeto (o que poderia ocasionar reflexos negativos no direito de todos os utentes da máquina judiciária, afetando o direito à duração razoável do processo) impunham à criação de mecanismos alternativos para a resolução de uma nova modalidade de conflitos, que envolviam grupos de sujeitos e não mais indivíduos determinados” (*Garantia de acesso à justiça. Os direitos processuais fundamentais*, p. 229-230).

¹⁶⁵ A idéia não é recente. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO narra a respeito da formação de um grupo do qual também eram membros a Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, e os Profs. WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. e KAZUO WATANABE, e que tinha a intenção de elaborar um anteprojeto de lei “que fosse capaz de provocar julgamentos de eficácia e autoridade ultra partes, embora proferidos em litígios originariamente individuais. Pensava-se em instituir um incidente de coletivização da tutela jurisdicional, a ser suscitado em processos individuais sempre que se tratasse de causa dependente de solução de questão significativamente reiterada nos tribunais ou, de todo modo, causa envolvendo direitos ou interesses de membros de algum grupo ou categoria ou um número grande de pessoas; proceder-se-ia, como na técnica da certification of class actions, à metamorfose ou ampliação do objeto do processo, o qual fora inicialmente delineado por uma demanda puramente individual e passaria a abranger pretensão de tutela a um universo de pessoas (tutela coletiva)” (*Súmulas Vinculantes*, p. 219). Ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, comentando o instituto do julgamento por amostragem no âmbito dos tribunais superiores, assevera que “essa técnica coletivizadora é comandada pelo mesmo ideário que conduziu à instituição das súmulas vinculantes, na medida em que tanto lá como cá se tem em vista o duplo objetivo de agilizar os trabalhos da Justiça e harmonizar julgamentos mediante a propagação dos efeitos dos julgados do Superior Tribunal de Justiça” (“Súmulas vinculantes”, p. 244).

¹⁶⁶ Expressão utilizada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em “Súmulas vinculantes”, p. 221.

notada pela doutrina brasileira, e cuja existência se mostra essencial no combate aos males causados pelo tratamento não sistemático das demandas de massa, é a tendência de valorização dos precedentes judiciais e conseqüente eliminação das divergências jurisprudenciais¹⁶⁷.

A percepção de referida tendência pode ser facilmente notada dentro do ordenamento jurídico brasileiro pelo crescimento do efeito vinculante tanto das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade quanto das tomadas em processos subjetivos¹⁶⁸. A crescente força normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal é mais um dos novos aspectos da jurisdição constitucional e deve ser estendida à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶⁹

Além disso, inúmeras alterações legislativas nos últimos vinte anos demonstraram a preocupação do legislador com insegurança jurídica decorrente das alterações repentinas de entendimentos jurisprudenciais sedimentados e da existência de decisões conflitantes a respeito da mesma matéria de direito, o que gera inevitável descrença do Poder Judiciário perante os jurisdicionados e insegurança jurídica nas relações sociais.

Neste sentido, foram fortalecidos os poderes do relator dos recursos (art. 527, inc. I e 557, CPC), foram criadas as súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal e Lei 11.417/06 CPC), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, CPC), a sentença liminar de improcedência (art. 285-A, CPC), a assunção de competência (art. 555, §1º, CPC), além dos julgamentos por amostragem nos Tribunais Superiores (arts. 543-B e 543-C do CPC)¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Súmulas vinculantes”, p. 221-225.

¹⁶⁸ Para uma análise completa da evolução da vinculação dos precedentes e dos instrumentos de “consolidação de jurisprudência” verificar PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, “Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante”.

¹⁶⁹ Novamente EDUARDO TALAMINI que, na introdução de sua tese de livre-docência, elenca como um dos novos aspectos da jurisdição constitucional “o fenômeno de ampliação da força vinculante das decisões tomadas em processo objetivo de controle de constitucionalidade, até a instituição das súmulas vinculantes” (*Novos Aspectos da Jurisdição Constitucional Brasileira...*, p. 20).

¹⁷⁰ “As novas redações dadas pela Lei 9.756/1998 a dispositivos do CPC – parágrafo único do art. 120; §3º do art. 544; art. 557 e §1º-A – consagram tendência registrada de tempos a esta parte, no sentido de a jurisprudência assentada ou sumulada nos Tribunais Superiores tomar um caráter normativo e pan-processual, operando como padrão exegético, tanto para o julgamento do recurso quanto para a aferição da manutenção ou reforma do acórdão recorrido” (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO,

Aliados às técnicas já existentes no Código de Processo Civil que jamais foram utilizadas da forma como deveriam, como o incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476 e seguintes), a idéia do legislador sempre foi eliminar as conseqüências nefastas ao ordenamento pela existência de decisões díspares a respeito do mesmo tema – análise esta que será aprofundada quando esmiuçadas as bases constitucionais do julgamento por amostragem – e, concomitantemente, racionalizar o trabalho dos magistrados, aumentando ainda o poder de vinculação das decisões tomadas aos demais processos em tramitação perante o Poder Judiciário.

Nota-se, portanto, uma saudável tendência que tem influenciado o legislador a fortalecer os precedentes judiciais. Há ainda a declarada intenção de se partir da jurisprudência persuasiva, que caracterizava e dominava o ordenamento jurídico brasileiro, para se chegar à jurisprudência vinculante, ou seja, o caminho do mínimo de persuasão ao máximo de obrigatoriedade¹⁷¹. Essa é a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, o que teve como ápice a adoção da técnica da súmula vinculante e que está fortalecida pelo texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil, amplamente debatido pela comunidade jurídica.

E não há dúvida de que, na atualidade, a grande maioria dos integrantes do Poder Judiciário se conscientizou de que faz parte de uma instituição que não pode estar sujeita a entendimentos pessoais isolados, sendo necessário dar coerência aos entendimentos jurisprudenciais. Também é crescente a consciência da importância da figura do precedente judicial para a estabilidade, previsibilidade e segurança do ordenamento jurídico¹⁷².

Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, p. 125). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA assevera que “reformas sucessivas, levadas a cabo por diversas leis, foram acentuando, com intensidade crescente, o valor da jurisprudência, paralelamente alargando – registre-se *a latere* – a competência do relator para apreciar, sozinho, a matéria *sub judice*” (“Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”, p. 7).

¹⁷¹ Cfr. NICOLA PICARDI, *Jurisdição e processo*, p. 149.

¹⁷² “Diante da desmedida plethora de recursos que abarrotam as nossas cortes de justiça, a experiência tem demonstrado que os acórdãos, via de regra, são fundamentados na jurisprudência, em particular, dos tribunais superiores, fator esse que aumenta em muito a previsibilidade do resultado do processo. Ressalta-se, por outro lado, que o grande número de tribunais estaduais e regionais federais espalhados pelo país reclama redobrado empenho quanto à questão da uniformidade do direito. Na verdade, a exigência de interpretação e aplicação, tanto quanto possível, homogênea do *ius positum* tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive, por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas.”(JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 258)

E esta tendência, com inúmeros reflexos na legislação processual brasileira deve continuar a ser aplicada na adequação da prestação da tutela jurisdicional às demandas de massa, seja por meio da aplicação de técnicas processuais existentes, seja pelo desenvolvimento de novas técnicas baseadas nessas premissas.

Soma-se a tudo isso o fato de que a função paradigmática da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores, é essencial para a efetividade da técnica objeto do presente estudo e a atribuição de efeito vinculante às decisões paradigmáticas proferidas em procedimento de julgamento por amostragem – proposta de alteração legislativa que será sugerida na conclusão do trabalho – é essencial para a efetividade das técnicas processuais voltadas aos processos repetitivos¹⁷³.

§6. O cenário atual da jurisdição e a adaptação da tutela jurisdicional aos processos repetitivos

22. A realidade atual da justiça brasileira e os números do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, cuja competência e estrutura são regulamentados pela Constituição Federal (art. 103-B), elabora e divulga anualmente, desde o ano de 2004, relatório denominado “Justiça em Números. Indicadores do Poder Judiciário. Panorama do Judiciário Brasileiro”¹⁷⁴, com o intuito de diagnosticar a realidade

¹⁷³ Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “no sistema da *common law* costuma ser dito que a força vinculante dos *holdings* (máximas contidas nos julgamentos) propicia a quádrupla vantagem expressa nas palavras *igualdade-segurança-economia-respeitabilidade*. Vendo agora o *avesso* representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que nos julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais de boa justiça, (a) porque somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis supostados nas instâncias locais; (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinarão, sempre entre os jurisdicionados angustiosas incertezas sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos; (c) porque o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos; (d) porque, havendo mecanismos capazes de unificar a jurisprudência de modo idôneo e firme, as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas e sobretudo confiáveis, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos” (“Súmulas vinculantes”, p. 216-217). No direito norte-americano, a análise feita é a de que “the justifications commonly given for the *stare decisis* may be summarized in four words: equality, predictability, economy and respect” (*An introduction to the legal system of the United States*”, p. 59).

¹⁷⁴ O relatório está disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br). Os números utilizados por este trabalho são relacionados ao ano de 2009, já que até o momento da elaboração o relatório referente ao ano de 2010 não havia sido divulgado.

do Poder Judiciário e, conseqüentemente, dar maior transparência aos números dos tribunais brasileiros, disponibilizando à sociedade civil todas as informações relevantes para a prestação do serviço público prestado pelo Poder Judiciário.

A quantidade de litígios pendentes de solução em trâmite perante o Poder Judiciário é assustadora, assim como a demanda social pela prestação da tutela jurisdicional. Só com relação à justiça estadual, no ano de 2009 ingressaram no Poder Judiciário dezoito milhões e setecentos mil novos processos¹⁷⁵. Em segundo grau de jurisdição, há um milhão e oitocentos mil casos novos, de um total de três milhões e cem mil processos em tramitação. Na Justiça Federal, ingressaram durante o ano de 2009 três milhões e quatrocentos mil processos, sendo contabilizados como casos novos os ingressados em primeiro e segundo grau de jurisdição, além das Turmas Recursais, Juizados Especiais e Turmas Regionais de Uniformização.

Englobando justiças estadual, federal e trabalhista, em média, no ano de 2009, cada magistrado julgou mil quatrocentos e trinta e nove processos, ou seja, uma média de 3,94 processos por dia, em um ano com 365 dias.

Somadas as justiças trabalhista, estadual e federal, tramitaram cerca de oitenta e seis milhões e seiscentos mil processos em 2009, na soma dos casos novos com os processos pendentes de “baixa”, termo este utilizado pelo relatório. E desses oitenta e seis milhões e seiscentos mil processos, vinte e seis milhões e novecentos mil são execuções fiscais, ou seja, praticamente um terço.¹⁷⁶

O relatório, em sua conclusão, faz uma análise do que se convencionou chamar de “taxa de congestionamento”, que “busca mensurar se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentes do período anterior são finalizados ao longo do ano”. Para o ano de 2009, a taxa de congestionamento foi de 71%, percentual estável desde o ano de 2004, primeiro ano em

¹⁷⁵ Vale frisar que o relatório considera como caso novo processos de conhecimento e também de execução, mesmo execução de título judicial.

¹⁷⁶ O relatório conclui que “a partir dos dados relativos às execuções fiscais, observa-se que o combate à morosidade judicial no Brasil deve envolver necessariamente o debate específico sobre a temática dos procedimentos de execução fiscal, já que o enfrentamento dessa questão tem potencial de solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira. O Conselho Nacional de Justiça tem estado atento a essa problemática e apoiado ações para o enfrentamento da questão, por exemplo, por meio de estudos que culminaram no fomento à criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.”

que o relatório foi elaborado. Destaque negativo para a justiça estadual, que teve “taxa de congestionamento” de 80% no ano de 2009.

O relatório também concluiu que o “principal gargalo” está nos processos que não são finalizados em primeiro grau de jurisdição. De cada cem processos em tramitação, apenas vinte e quatro foram finalizados até o final do ano de 2009.

Os números supracitados já demonstram e comprovam a cultura litigante do povo brasileiro e a necessidade de serem criadas alternativas para que a demanda social pelo Poder Judiciário seja respondida de forma efetiva. A análise pontual, artesanal e individualizada de cada demanda pelos magistrados, notadamente dos processos massificados, da forma como arquitetada originalmente pelo Código de Processo Civil de 1973, é utópica e em total desacordo com a realidade e com os números do Poder Judiciário.

Para racionalizar o trabalho e atender às exigências do modelo constitucional do processo civil, não há dúvida de que a alternativa é o desenvolvimento de técnicas processuais adequadas às demandas de massa, que são a grande parte dos números supracitados. E o relatório tem a grande virtude de comprovar de forma científica essa necessidade, dando legitimidade para mecanismos como o esmiuçado no presente estudo e instigando ainda mais o processualista a buscar alternativas para desenvolver técnicas processuais aptas a solucionar de forma adequada as demandas de massa.

23. A maléfica padronização da tutela jurisdicional

A massificação das relações sociais e o fenômeno da repetição das crises de direito material e conseqüentemente dos processos é, sem dúvida alguma, uma das principais características da complexa sociedade atual e o principal fator de preocupação para o efetivo exercício da jurisdição nos dias atuais.

Não é só dessa realidade, contudo, que vive o Poder Judiciário brasileiro. Ainda remanescem, apesar de serem minoria, as causas complexas e que, pelas suas particularidades, não permitem nenhuma forma de tratamento conjunto e massificado para a prestação da tutela jurisdicional. E a correta e efetiva solução dos referidos casos dependem de uma análise artesanal e cuidadosa do caso, tendo em vista as inúmeras peculiaridades

que o cercam. Em casos complexos e não massificados, só a análise detalhada permite a devida entrega da tutela jurisdicional¹⁷⁷.

RUY ZOCH SOARES, em excepcional análise da realidade da jurisdição contemporânea, observa que “existem, portanto, do ponto de vista operacional, duas categorias que podem ser destacadas na jurisdição contemporânea: a que se produz observando o diálogo crítico do julgador com as partes, o contato pessoal com os fatos da causa, a ponderação e o próprio sentimento do juiz, e que se pode denominar de “jurisdição convencional”, atenta aos princípios basilares do processo (contraditório, ampla defesa e devido processo legal), e a “jurisdição massificada”, em que se produz, mediante a repetição burocratizada e em série, uma decisão-padrão. O modelo de jurisdição “convencional” é adequado para os litígios não repetitivos e para resolver os primeiros casos das demandas repetitivas que irão definir as decisões-padrão”¹⁷⁸.

Referida diferenciação proposta pelo autor é de extrema importância para que se compreenda a importância do desenvolvimento de técnicas como o julgamento por amostragem. Isto porque, dentro da atual realidade do Poder Judiciário, os litigantes de processos típicos da “jurisdição convencional” são extremamente prejudicados. A avalanche de processos e a desumana quantidade de trabalho em todos os graus de jurisdição fazem com que tais casos mais complexos, que demandam uma atividade cognitiva mais detida e elaborada, sejam tratados sem qualquer diferenciação dos demais, que veiculam pretensões semelhantes, em um autêntico contencioso de massa.

Essa inegável realidade evidencia ainda mais a necessidade do desenvolvimento das técnicas voltadas aos processos repetitivos, como a análise por amostragem, na medida em que o sucesso de tais técnicas é condição essencial para o tratamento adequado aos processos repetitivos e também aos não repetitivos.

¹⁷⁷ A Ministra Nanci Andrichi observa que “a repetição de julgamento idênticos amplia a produtividade individual de cada juiz, transmitindo a falsa idéia de que são decididas variadas questões de direito. No entanto, os recursos com elevado grau de complexidade acabam sendo relegados a segundo plano, e, em detrimento da produção intelectual dos julgadores, o trabalho jurisdicional passa a ser direcionado para atender as demandas de massa de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos. Como resultado dessa distorção, vê-se, inevitavelmente, um tratamento desigual aos jurisdicionados”(“Recursos repetitivos”, p. 266).

¹⁷⁸ *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 40-41.

Com o desafogamento do Poder Judiciário obtido a partir da adequada tutela dos processos repetitivos, haverá tempo para a devida análise dos processos não repetitivos, que naturalmente demandam mais tempo e devem ser julgados dentro dos parâmetros do processo civil tradicional.

24. A tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição

A definição clássica da doutrina processualista para tutela jurisdicional¹⁷⁹ é a efetiva entrega da jurisdição em tempo razoável a quem efetivamente tenha razão. A tutela jurisdicional deve ser prestada de forma adequada às diversas situações de crise de direito material postas em juízo, compondo a controvérsia com justiça e de forma tempestiva e efetiva¹⁸⁰. Presentes tais requisitos, pode-se afirmar que ao jurisdicionado foi proporcionado, utilizando-se a expressão notória de KAZUO WATANABE, o acesso à ordem jurídica justa, isto é, o verdadeiro acesso à justiça.

Em decorrência do devido processo legal, da garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e do caráter instrumental do processo, o acesso à ordem jurídica justa depende da adequação da forma ou meio de prestação da tutela jurisdicional às particularidades do conflito de direito material posto em juízo.

Ao se pensar de forma abstrata e teórica, para cada crise material com suas especificidades deve existir uma técnica processual que se amolde para uma mais efetiva prestação da tutela jurisdicional, que se adéqüe às pretensões do jurisdicionado. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “o direito processual predispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto, concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situações da vida comum etc. – tudo a partir de uma regra de *adaptabilidade* que é inerente à condição instrumental do processo”¹⁸¹.

¹⁷⁹ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, define tutela jurisdicional como “a tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado.” (*Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*, p. 37).

¹⁸⁰ Para JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49).

¹⁸¹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 162-163.

Também neste sentido é a lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Para referido autor, o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa é uma “concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial.”. Continua o processualista afirmando que “não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”¹⁸², para concluir, posteriormente, que “não há como conceber o método adequado (processo) sem considerar circunstâncias inerentes ao objetivo pretendido (direito material)”. E continua o autor, afirmando que “a efetividade do processo depende fundamentalmente da correspondência entre o meio e o fim”¹⁸³.

A adequação da tutela jurisdicional às várias situações e crises de direito material é essencial para que a técnica processual atinja os objetivos a ela atribuídos pelo ordenamento jurídico¹⁸⁴. Sem a devida adequação da tutela jurisdicional às particularidades do direito material, há sério risco de que injustiças aconteçam e o processo não atinja tempestivamente seu principal escopo de pacificação social com justiça. O acesso à ordem jurídica justa depende, portanto, de uma tutela jurisdicional adequada¹⁸⁵.

Há quem defenda ser a adequação um verdadeiro princípio, decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como FREDDIE DIDIER JR.¹⁸⁶, ou quem não reconheça na adequação um princípio em si, mas sim o resultado da aplicação da cláusula do *due process of law* e do caráter instrumental do processo, como CÂNDIDO

¹⁸² *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*, p. 74

¹⁸³ *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*, p. 84.

¹⁸⁴ “A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 26).

¹⁸⁵ Vale citar o sempre atual ensinamento de KAZUO WATANABE, inteiramente aplicável à realidade dos processos repetitivos: “A multiplicidade de conflitos de configurações variadas reclama, antes de mais nada, a estruturação da Justiça de forma a corresponder adequadamente, em quantidade e qualidade, às exigências que tais conflitos trazem. A alguns desses conflitos está adequada a estrutura atual, que é formal e pesada. A outros, porém, principalmente aos de pequena expressão econômica, que são cotidianos e de ocorrência múltipla, é necessária uma estrutura mais leve e ágil. (...) O direito de acesso à Justiça é, portanto, direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito” (“Acesso à justiça e sociedade moderna”, p. 132;134).

¹⁸⁶ *Curso de direito processual civil. Vol. 1*, p. 75.

RANGEL DINAMARCO¹⁸⁷. Independentemente da classificação que se dê à adequação da tutela jurisdicional aos diversos fenômenos do direito material – se de princípio autônomo ou não, já que irrelevante para a conclusão que aqui se pretende chegar - de sua análise é possível extrair dois sentidos: o “legislativo, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida”¹⁸⁸.

Feito este intróito, a realidade do Poder Judiciário demonstra que as demandas de massa, mais especificamente os processos múltiplos que tratam de idêntica questão de direito e que são resultado da complexa realidade da sociedade moderna, não foram adequadamente tuteladas por um período de tempo significativo no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁹, seja pela falta de desenvolvimento de novas técnicas adequadas quanto pela má utilização das técnicas já existentes.

E a falta de uma solução adequada para o fenômeno de multiplicação de processos e excessiva litigiosidade do povo brasileiro afetou a segurança jurídica do ordenamento, na medida em que permitiu a coexistência de decisões judiciais conflitantes a respeito da mesma questão de direito, influenciou consideravelmente na morosidade da justiça, em flagrante desrespeito à garantia constitucional de duração razoável do processo

¹⁸⁷ que, citando a doutrina de LUIGI PAOLO COMOGLIO, observa que “o perfil do processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e equo que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por *garantias mínimas de meios e de resultado*, como emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva”(*Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 252).

¹⁸⁸ FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, p. 74.

¹⁸⁹“A época contemporânea é, na verdade, gizada pelo advento de rápida evolução e irrefreado desenvolvimento que as estruturas judiciárias não acompanharam com a mesma presteza. É evidente que a introdução de alterações expressivas no plano do direito material reclama, de modo imediato, modificações no sistema processual e no perfil (imóvel) dos órgãos judiciais”(JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo*, p. 108). ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES assevera que “o direito processual, assim, deve estar preparado para enfrentar um realidade, em que o contingente populacional ultrapassa o patamar de seis bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e a globalização das relações humanas e comerciais”(*Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 27). No direito norte-americano, LINDA S. MULLENIX faz observação semelhante quanto a incapacidade do sistema processual americano diante do surgimento de novas espécies de direito: “the 1980s witnessed the advent of a new kind of complex case, with new characteristics and new challenges for the judicial system: the multiparty, multiform mass tort litigation. (...) These large scale mass tort litigations have refocused attention on the various inabilities of the judicial system to resolve these cases in a fair, expeditious, and equitable fashion.”(*Mass tort litigation. Cases and material*, p. 3-4).

e desrespeitou a isonomia entre os litigantes, já que não é exceção no sistema brasileiro a existência de dois jurisdicionados titulares do mesmo bem da vida e protagonistas de semelhante crise de direito material receberem tratamento distinto do Poder Judiciário. E a ausência de técnicas adequadas às peculiaridades dos processos repetitivos e a ineficiência das existentes, como já dito, tiveram conseqüências nefastas a Poder Judiciário¹⁹⁰.

A consciência de que era necessária uma mudança de paradigmas e que a técnica processual deveria se atentar ao fenômeno da ascensão das massas e ao “quadro jurídico subjacente à ordem jurídica”¹⁹¹, em um contexto no qual atos ilícitos atingiam uma gama de pessoas ou até mesmo toda a coletividade, teve como um dos seus resultados o desenvolvimento do sistema de processo coletivo, necessário para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, em especial com relação aos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais pertenciam a uma coletividade indeterminada ou determinável. Entra na pauta da ciência do direito e em especial do processo civil, portanto, a percepção da existência de tais direitos, e a necessidade de se criar instrumentos processuais aptos a tutelá-los¹⁹².

¹⁹⁰Para ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, ao tratar a respeito da necessidade de aperfeiçoamento do subsistema de processo coletivo, “a falta de solução adequada para os conflitos coletivos, sem sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias, não podendo, por conseguinte, ser tratado como situação que diga respeito apenas ao Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais Superiores. Por outro lado, costuma-se enfatizar, diante do problema, a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma deste último. O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas, como pretende demonstrar o presente trabalho.” (*Ações coletivas do direito comparado e nacional*, p. 33). RONNIE PREUSS DUARTE bem observa que “os prejuízos ocasionados à administração da justiça no caso de uma proliferação de demandas tendo idêntico objeto (o que poderia ocasionar reflexos negativos no direito de todos os utentes da máquina judiciária, afetando o direito à duração razoável do processo) impunham à criação de mecanismos alternativos para a resolução de uma nova modalidade de conflitos, que envolviam grupos de sujeitos e não mais indivíduos determinados” (*Garantia de acesso à justiça. Os direitos processuais fundamentais*, p. 230).

¹⁹¹ Expressão utilizada por ARRUDA ALVIM na obra *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, p. 3.

¹⁹²Esse também é o entendimento de RUY ZOCH RODRIGUES, para quem “a interação desses fenômenos agindo uns sobre os outros permanentemente (industrialização, produção em série, urbanização, novas tecnologias, capitalismo etc.), produz a realidade presente, em que se podem identificar, para fins deste estudo, dois aspectos da massificação, quais sejam a emergência de direitos sem titulação específica em indivíduos identificados, pertencentes a grupos ou mesmo à população humana em seu todo (ou seja, direitos pertencentes a massas de pessoas), e a emergência de direitos individuais vinculados às relações jurídicas que se formam na cadeia da produção e consumo em massa de bens e serviços. Percebe-se, desde já, que em linhas gerais os primeiros correspondem aos chamados direitos coletivos

Dentro deste contexto, para a tutela dos processos repetitivos, que sequer eram estudados ou observados como um fenômeno autônomo, o Poder Judiciário dependia não somente dos instrumentos de processo coletivo, sem que houvesse, contudo, a percepção de que referidos instrumentos, por conta de suas peculiaridades teóricas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seriam ineficazes para atender a crescente demanda social pela jurisdição, sendo necessário portanto o desenvolvimento de técnicas específicas e procedimentos adequados adaptados ao fenômeno da repetição, para que fosse observada a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e racionalizado o trabalho do Poder Judiciário.

Justamente por conta disso é que em um segundo momento, observadas as limitações do processo coletivo para o combate de todos os males decorrentes da massificação e coletivização dos litígios, entra na pauta da ciência do processo civil a preocupação com o tratamento processual adequado ao fenômeno dos processos repetitivos, bem como as técnicas processuais aptas a tutelá-los de forma adequada, complementando a função também desenvolvida pelas técnicas processuais coletivas¹⁹³.

Diante do caos instalado no Poder Judiciário decorrente da existência de milhares de processos que tratam de questão de direito idêntica – um dos aspectos que caracteriza os processos repetitivos – a adaptação da tutela jurisdicional ao referido fenômeno de direito material passa pela criação de técnicas adequadas, que adotam como premissas *duas importantes tendências do processo civil moderno*: a de coletivização (ou molecularização) da tutela jurisdicional e a de valorização dos precedentes judiciais¹⁹⁴.

e difusos, e os demais aos direitos individuais homogêneos.” (*Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 31).

¹⁹³LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, ao tratar do regime processual das causas repetitivas, observa que “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 do seu ajuizamento” (“O regime processual das causas repetitivas”, p. 141). Ainda, no mesmo sentido, ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABUDD, “A repercussão geral dos recursos extraordinários e o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal (CPC, arts. 543-C e 543-B)”, p. 310).

¹⁹⁴“Tal situação fática, difusa no mundo real, gerou anseios coletivos e conflitos em massa. Essa nova realidade impunha a criação de novos mecanismos de proteção, tanto no plano do direito material como no do processual. O direito está a serviço da sociedade, o dessa relação instrumental decorre a obrigação de se adaptar ao novo contexto social. Constitui o objetivo da boa política legislativa, como

Pode se dizer que a junção dessas duas tendências, aplicadas em conjunto com o intuito de desenvolver técnicas processuais adequadas aos processos repetitivos, resultaram no que RUY ZOCH RODRIGUES denominou de “*tendência do processo contemporâneo em adaptar a sua técnica ao fenômeno das repetições*”¹⁹⁵.

Como forma complementar a função já exercida pelo sistema de processo coletivo, percebeu-se que o desenvolvimento de técnicas que não tenham as mesmas bases teóricas deste, mas que adotem como critério de incidência a identificação de processos com idêntica questão de direito¹⁹⁶ e potencial de se multiplicar, poderia exercer o papel de adequação da prestação da tutela jurisdicional ao crescente e incontrolável fenômeno da repetição e ao modelo constitucional do processo civil, pelo respeito às garantias constitucionais dos jurisdicionados, em especial a duração razoável do processo.

A idéia da técnica de julgamento por amostragem é possibilitar a solução célere e eficaz de questões de direito idênticas a inúmeros processos (ou sejam que atinjam uma gama de pessoas), mesmo quando veiculadas em um processo individual, estabelecendo o quanto antes uma decisão paradigma ou decisão-quadro¹⁹⁷ que racionalize o trabalho dos tribunais e ao mesmo tempo tenha efeitos prospectivos típicos da jurisprudência firme e dominante, desestimulando a litigância fadada ao insucesso¹⁹⁸. A metodologia procedimental é a de *molecularização da tutela jurisdicional*, isto é, a

expressão do poder, canalizar no ordenamento jurídico as modificações necessárias, como meio de evitar que o sistema de interação social degenere em conflitos.”(PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 11).

¹⁹⁵ *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 154.

¹⁹⁶ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO destaca que a amostragem como técnica processual é facilitada, nos tribunais superiores, “por conta de se tratar de recursos de estrito direito, despojados da matéria de fato, permitindo levar ao STF e ao STJ a aferição tão somente de questões constitucionais e de direito federal comum, nessa ordem”(*Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 356-357).

¹⁹⁷ Cf. NELSON NERY JUNIOR, “Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior”, p.78.

¹⁹⁸ “Vale anotar que o sistema processual já desperta, embora em caráter setorial, para o desenvolvimento de técnicas que conduzam à separação de litígios de massa para julgá-los como conjunto, como no caso das Lei 11.418, de 19.12.2006, e 11.672, de 08.05.2008, que acrescentaram, respectivamente, os artigos 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil, instituindo o regime especial para o tratamento de recursos repetitivos no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Em suma, a idéia é identificar casos idênticos do ponto de vista da mesma questão de direito e efetivar o julgamento em um ou mais recursos, representativos da controvérsia, prolatando a *decisão-padrão* que depois é disseminada aos demais casos, que aguardam suspensos.”(RUY ZOCH RODRIGUES, *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 47).’

coletivização de questões de direito comuns repetitivas (que estão *atomizadas*) para a tomada de uma decisão paradigma que deverá ser aplicada a todos os processos repetitivos.

A técnica de julgamento por amostragem é, portanto, uma resposta *adequada* do legislador aos litígios repetidos e multiplicados¹⁹⁹, e resposta como essa, se por um lado obrigatoriamente devem respeitar todas as garantias constitucionais do processo, como a do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, obtidas mediante grande esforço de evolução do Estado Democrático de Direito, sob pena de inconstitucionalidade, por outro devem estar despidas de preconceitos e tradicionalismos infundados para que tenham o êxito esperado, já que se tratam, sem dúvida alguma, de autêntica inovação no sistema processual brasileiro.²⁰⁰

JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR classifica a adequação do processo à repetição como uma política de contingenciamento da litigiosidade excessiva de nossa sociedade. Para o autor, “passamos do represamento da litigiosidade para a necessidade de se adotar uma política de contingenciamento dessa mesma “litigiosidade”²⁰¹. E é exatamente essa a idéia. As técnicas de processamento e julgamento de processos repetitivos, como o julgamento por amostragem, são resultado de uma tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição e de uma política legislativa de racionalização de trabalho do Poder Judiciário para que sejam alcançados os escopos de

¹⁹⁹A título de exemplo, FREDIE DIDIER JR., observa que a técnica de análise de repercussão geral por amostragem é resultado da “força do princípio da adequação (...) que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa”(Curso de direito processual civil, vol. 3, p. 337).

²⁰⁰A solução adequada aos processos repetitivos deve, sem dúvida alguma, estar isenta de tradicionalismos infundados e preconceitos da doutrina processualista tradicional. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em estudo publicado a respeito da criação das súmulas vinculantes, dá importante panorama histórico da criação do instituto, voltado para os mesmos fins das técnicas objeto do presente trabalho: “Quando o Min. José Paulo Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, ergueu a bandeira das súmulas vinculantes dos Tribunais Superiores da União, não faltaram todavia vozes divergentes a sustentar a inconveniência da proposta, fosse em face do princípio político da separação dos Poderes do Estado, fosse do postulado da independência dos juízes ou da efetividade do contraditório ou, sobretudo, da necessidade de preservar o princípio da segurança jurídica. Mas a angustiada realidade do Poder Judiciário brasileiro, sobrecarregado e moroso àquele tempo e hoje ainda mais, exige uma solução liberta de preconceitos políticos ou jurídicos radicalizadores dessas generosas conquistas da democracia liberal. É preciso inovar com cautela e sem despreço pelos valores residentes naqueles princípios, mas com sabedoria e coragem suficientes para saber em que medida hão de prevalecer e como precisam ser harmonizados certos valores eventualmente conflitantes.”(“Súmulas vinculantes”, p. 214).

²⁰¹“Litigiosidade contida (e o contingenciamento de litigiosidade)”, p. 58.

efetividade e tempestividade da prestação da tutela jurisdicional para preservação das garantias constitucionais da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo.

Mas não é só o julgamento por amostragem, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que é resultado da tendência de adaptação da tutela jurisdicional à repetição e pode ser classificado como técnica processual adequada aos processos repetitivos. Existem outras técnicas de processamento e julgamento de processos repetitivos, que podem ser classificadas como *técnicas judiciais endoprocessuais*²⁰², que identificam a questão de direito comum dentro do próprio processo repetitivo para julgamento de forma antecipada, sempre tendo como parâmetro a valorização dos precedentes judiciais, como por exemplo o julgamento antecipadíssimo do mérito, previsto no art. 285-A do Código de Processo Civil²⁰³

Partindo dessa mesma premissa, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA sustenta que “para essas causas repetitivas, é preciso que se conceba um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme”²⁰⁴. Apesar do autor não conceituar em sua obra o exato significado de um “regime processual das causas repetitivas”, parece claro que a intenção de se criar uma

²⁰² CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO conceitua as técnicas por ele denominadas de *técnicas endoprocessuais de aceleração do processo* “que operam internamente nos processos com a finalidade de permitir que cheguem mais cedo à oferta da tutela – o que se faz mediante a simplificação do procedimento mesmo como um todo ou pela autorização de antecipar medidas tutelares” (“Aceleração dos procedimentos”, p. 873). Também neste sentido é a classificação adotada por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, para quem as técnicas judiciais “têm por escopo, dentro da própria relação jurídica processual posta ao Estado-juiz (Poder Judiciário), tornar a tutela mais célere, conseqüentemente, mais efetiva. Através da deformalização do processo, tenta-se melhorar a qualidade temporal do processo estatal, ora através da sumarização da cognição e dos procedimentos, ora através do emprego de técnicas autocompositivas, ora através de instrumentos processuais capazes de eliminar expedientes procrastinatórios. Busca-se, nessa vertente, também a pulverização de litígios, por intermédio de seu tratamento coletivo.” (*Técnicas de aceleração do processo*, p. 76).

²⁰³ RUY ZOCH RODRIGUES utiliza um critério próprio para diferenciar as técnicas de processamento e julgamento de processos repetitivos, também respeitando as particularidades de cada uma delas: “importa dizer que uma coisa é a técnica de separar – segregar – os litígios de massa para tratá-los como conjunto, propiciando a aceleração do processo com a outorga da tutela definitiva em espaço mais curto de tempo, como faz a Lei 11.672/2008; outra é recolher nas repetições, propriamente, como se propõe neste trabalho, elementos para viabilizar a outorga de uma tutela diferenciada (antecipada), que, embora não definitiva, propicia ganho considerável de efetividade na prestação jurisdicional, com reflexos não apenas no interior de cada demanda individual, mas na própria legitimação do Judiciário, como poder, na sua relação com os jurisdicionados. Guardadas as diferenças, o fato é que ambas as técnicas convergem na finalidade de enfrentar as patologias que a massificação produz no interior do sistema judiciário. (*Ações repetitivas. Causas de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*, p. 48).

²⁰⁴ “O regime processual das causas repetitivas”, p. 143.

“dogmática específica” para as técnicas voltadas ao tratamento adequado dos processos repetitivos é a de que delas seja extraída a máxima efetividade possível, tendo em vista os conhecidos males que o tratamento inadequado dos processos repetitivos podem causar à prestação da tutela jurisdicional. De qualquer forma, são todos resultados da tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição.

Justamente para que não se despreze as particularidades teóricas de cada técnica, o critério aqui adotado para a diferenciação é teleológico, isto é, quanto ao fim para que foram criadas dentro do ordenamento jurídico, se (a) com o objetivo de eliminar divergências jurisprudenciais ou; (b) voltadas declaradamente para dar tratamento adequado a processos repetitivos.

São exemplos do item (a) *supra* o incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476 a art. 479)²⁰⁵, a afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (CPC, art. 555, §1º)²⁰⁶, a súmula impeditiva de recursos (CPC art. 518, §1º)²⁰⁷, todas as técnicas que representam a majoração dos poderes do relator, inclusive

²⁰⁵LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA: “Esse pode ser um expediente utilizado para racionalizar os julgamentos de causas repetitivas. Havendo divergência de entendimento a respeito de questões jurídicas que se apresentem em causas repetitivas, pode ser instaurado o incidente de uniformização de jurisprudência para que, firmado o entendimento do tribunal, passe a ser adotado em todos os casos isomórficos submetidos ao seu exame” (“O regime processual das causas repetitivas”, p. 160).

²⁰⁶LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA: “Ai está, pois, mais um mecanismo a ser adotado para a racionalização dos julgamentos das causas repetitivas.(...) Trata-se de um expediente eficiente para a resolução de causas repetitivas, devendo ser prestigiada sua utilização.” (“O regime processual das causas repetitivas”, p. 161). SIDNEI AGOSTINHO BENETTI, também tratando do instituto da assunção de competência, assevera que “o relator, constatando estar em face de recurso que preenche os requisitos da assunção de competência, tem o dever de suscitar, ex officio, o instituto, viabilizando o filtro de teses e abreviando o julgamento de recursos com teses idênticas (...) A adoção do instituto da assunção de competência, que exige comprometimento dos integrantes dos tribunais, seguramente pode ser potencializada a partir da especialização dos órgãos distribuidores dessas cortes. A distribuição imediata e prioritária de recursos cujas questões façam antever o surgimento de massas de lides idênticas (integrantes, todas, em verdade, de uma única macrolide que se instale na sociedade em virtude de alterações normativas decorrentes da própria modernização da mesma sociedade), certamente, prestigiaria a utilização do instituto”(“Assunção de competência e *fast-track* recursal”, p. 22).

²⁰⁷“Em prol daquele §1º do art. 518 do CPC concede-se que o legislador almejou preservar simetria vertical do sistema judiciário, porque, na medida em que as Súmulas do STF e STJ passam a ser obrigatórias – e não apenas persuasivas – segue-se, do ponto de vista prático, a recepção de apelação interposta contra a sentença confortada por tais enunciados impositivos custos sem benefícios: para o Judiciário, um dispensável acréscimo de serviço; para o apelado, uma procrastinação na efetivação do seu direito reconhecido na sentença; para o apelante, uma falsa expectativa de reforma, já que também o Tribunal ad quem está jungido a observar tais Súmulas.”(RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 117)

para decisão de mérito da causa (como o parágrafo único do art. 120, os §§3º e 4º do art. 544 e o art. 557 do CPC), a negativa de seguimento à argüição de inconstitucionalidade (art. 481, parágrafo único, CPC), o pedido de uniformização de interpretação da lei federal nos Juizados Especiais Cíveis Federais (art. 14 da Lei 10.259/01), todos resultado da *tendência de valorização de precedentes judiciais* (item 21 *supra*) e tendo na força da jurisprudência e no objetivo declarado de eliminar divergências jurisprudenciais seus principais fundamentos.

Apesar de não fazerem referência específica ao fenômeno da repetição, atingem de forma reflexa os processos repetitivos e criam mecanismos que permitem adequação da tutela jurisdicional à repetição característica da sociedade contemporânea, contribuindo assim para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e para o combate aos males decorrentes do julgamento dispersivo de demandas individuais repetitivas.²⁰⁸

²⁰⁸“para além das técnicas até aqui tratadas, que de se destinam a vigorar mais especificamente no âmbito dos tribunais superiores, há outras regulações do mesmo gênero, para operar também em outros níveis da justiça, nas quais o ponto de referência é a jurisprudência dominante do próprio tribunal que julga, ou a dos tribunais superiores, ou do STF, inclusive a jurisprudência expressa em súmulas não vinculantes. Estão relacionados a tal formulação os seguintes dispositivos do CPC: (a) art. 120, parágrafo único, que autoriza a decisão monocrática do relator em tema de conflito de competência, se a jurisprudência dominante do tribunal a que pertence estiver posicionada no mesmo sentido da sua decisão; (b) art. 481, parágrafo único, autorizando a negativa de seguimento à argüição de inconstitucionalidade, se conforme com jurisprudência majoritária interna, ou do plenário do STF; (c) art. 475 do CPC, §3ºm que confere executividade a decisões contra a Fazenda Pública, antes do trânsito em julgado, desde que fundadas em súmula dos tribunais superiores ou jurisprudência do plenário do STF; (d) art. 518, §1º, pelo qual é possível ao juiz singular negar seguimento a recurso de apelação, quando a sentença estiver fundada em súmula do STF ou STJ; (e) art. 544, §§3º e 4º, que trata de agravo contra decisões que negam seguimento a recursos especiais ou extraordinários, autorizando o relator a acolher o recurso no próprio instrumento de agravo, desde que baseado em jurisprudência dominante ou súmula do STJ ou STF, respectivamente; (f) art. 557, caput e §1º-A, prevendo a possibilidade de acolhimento ou desacolhimento sumário de recursos (por decisão monocrática do relator), se conformes ou contrários, respectivamente, à súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF, ou de tribunais superiores.”(RUY ZOCH RODRIGUES, *Ações repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, p. 152-153). Semelhante análise é feita por ANTONIO DE PASSO CABRAL: “casos recentes decididos nos tribunais também foram demonstração de que a solução coletiva de questões comuns faz-se necessária. O Supremo Tribunal Federal, a partir da alteração do seu regimento interno, decidiu dois recursos extraordinários cuja questão jurídica resolvida foi aplicada uniformemente a 4.909 processos idênticos em matéria previdenciária. E nosso direito possui previsão de algo similar? Ainda que não existam muitos mecanismos com funções de conferir tutela coletiva a questões comuns, a legislação processual pátria admite, há muito tempo, a quebra de cognição em alguns procedimentos, com um juízo decidindo sobre uma ou algumas questões prévias, deixando o julgamento da questão principal a outro órgão judiciário. Assim ocorre com o incidente de reserva de plenário (art. 97 da CF/88 e art. 480 e ss. do CPC) para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais, bem como o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do CPC. Nestes incidentes, a cognição da questão prévia é remetida ao pleno do órgão especial dos tribunais, deixando às câmaras

Já as técnicas processuais citadas pelo item (b) *supra* adotam declaradamente como metodologia de trabalho a identificação de questões de direito comuns a inúmeros processos repetitivos. E é este justamente o essencial ponto em comum. Todos os dispositivos legais que as regulamentam fazem alguma referência à repetição, ou identidade de questões, identidade de matéria controvertida ou ainda algum termo sinônimo, para evidenciar os critérios de utilização.

Assim é, por exemplo, com o julgamento por amostragem nos tribunais superiores e os recursos extraordinários fundados em “idêntica controvérsia” (CPC, art. 543-B, *caput*) e recursos especiais fundados em “idêntica questão de direito” (CPC, art. 543-C, *caput*), o julgamento de mérito liminar e os “casos idênticos” que legitimam sua aplicação (CPC, art. 285-A), a súmula vinculante e a relevante multiplicação de processos sobre “idêntica questão” (lei n. 11.417/06, §1º do art. 2º), a possibilidade de suspensão pelo presidente do tribunal de medidas liminares “de objeto idêntico” concedidas em mandado de segurança (lei n. 12.016/09, §5º do art. 12) ou “cujo objeto seja idêntico”, nos demais processos movidos em face do poder público (lei 8.437/92, §8º do art. 4º).

São essas, portanto, as inúmeras técnicas vigentes no sistema processual brasileiro voltadas à adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição, característico da sociedade contemporânea. O objetivo deste estudo é esmiuçar um dos mecanismos supracitados – a técnica de julgamento por amostragem – no intuito de esclarecer todas as controvérsias decorrentes de sua aplicação para que a utilização da amostragem mantenha o equilíbrio entre as garantias da segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo do ponto e o devido processo legal, em especial do contraditório e da ampla defesa.

ou turmas (órgãos fracionados), a decisão sobre o mérito do recurso. Mas não paramos por aí. Já existe, com base legal, incidente de coletivização de questões comuns que estejam à base da fundamentação de pretensões individuais, ou seja, um típico instrumento processual de tratativa coletiva sem as ficções representativas das ações coletivas. Trata-se do incidente previsto no art. 14 da Lei 10.259/2001, cabível para uniformizar interpretação da lei federal em face de divergência entre Turmas Recursais sobre certas questões de direito material (“O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, p. 143-144).

CAPÍTULO III – ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DO INSTITUTO

§7. O julgamento por amostragem e o modelo constitucional do processo civil

25. Premissas constitucionais para adoção da técnica do julgamento por amostragem

A criação e o desenvolvimento das técnicas de processamento e julgamento de processos repetitivos têm com função precípua a adequação da prestação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição e, conseqüentemente, aos ditames do modelo constitucional do processo civil.

A racionalização do trabalho dos tribunais pela criação de filtros como a técnica de julgamento por amostragem, cujo principal objetivo é o combate aos males do tratamento não sistemático de casos com fundamento em questão de direito idêntica, é necessária para que sejam atingidos os fins de pacificação social com justiça mediante o tratamento isonômico aos litigantes (paridade de armas) e aplicação isonômica da lei pelos magistrados, em tempo razoável e que seja capaz de proporcionar segurança jurídica ao ordenamento e transmitir confiança aos jurisdicionados. Somente diante de tais objetivos é que se pode falar na *efetiva* prestação da tutela jurisdicional.

Não há dúvida, portanto, que as peculiaridades teóricas da técnica de julgamento por amostragem a tornam apta a tutelar os princípios processuais constitucionais da segurança jurídica, a isonomia e a duração razoável do processo, além de proporcionar verdadeira economia processual. Vale frisar que o não desenvolvimento de técnicas como a objeto do presente estudo poderia ser interpretada como verdadeira omissão do legislador²⁰⁹.

26. Segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais

O princípio da segurança jurídica e a certeza do direito são dois dos grandes pilares do Estado Democrático de Direito. PAULO DE BARROS CARVALHO destaca entre os objetivos da segurança jurídica o de “coordenar o fluxo das interações inter-

²⁰⁹ LUIZ GUILHERME MARINONI faz semelhante análise no que tange à adoção de um sistema de precedentes vinculantes. Para o autor, “a falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador.”(*Precedentes obrigatórios*, p. 138).

humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.”²¹⁰

A segurança, ainda que a Constituição Federal não trate especificamente de segurança jurídica, como ressaltado por LUIZ GUILHERME MARINONI²¹¹, é garantia fundamental protegida constitucionalmente. O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Pela sua importância para manutenção da ordem social e por ser uma das principais características do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica é vista, por alguns, como garantia fundamental superior até ao sentimento de justiça.²¹²

A segurança jurídica se presta a dar estabilidade às relações sociais passadas e já aperfeiçoadas, o que pode ser percebido em inúmeros dispositivos da Constituição Federal de 1988, como a irretroatividade da lei e impossibilidade desta atingir e modificar a coisa julgada²¹³, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (Constituição

²¹⁰ *Curso de direito tributário*, p. 149. Neste mesmo sentido é o ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES, para quem “a aplicação não uniforme da lei cria a insegurança e leva a incerteza aos negócios jurídicos” (*Instituições de direito processual civil*, p. 102).

²¹¹ “Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança *jurídica*, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5º” (*Precedentes obrigatórios*, p. 121-122).

²¹² DONALDO ARMELIN assevera que “a segurança jurídica, que é um dos valores para os quais tende o direito, corresponde a um aspecto particularizado da segurança, cuja importância para a vida social chega a superar a própria Justiça, enquanto elemento essencial à coesão social.” (“Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada”, p. 191).

²¹³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, tratando do instituto da coisa julgada, observa que “o exercício útil da jurisdição requer que seus resultados fiquem imunizados contra novos questionamentos, porque uma total vulnerabilidade desses resultados comprometeria gravemente o escopo social de pacificação: a segurança jurídica é reconhecido fator de paz entre as pessoas no convívio social.” (*Instituições de direito procesual civil*, vol. I, p. 310).

Federal, art. 5º, inc. XXXVI), e também se presta a fortalecer a previsibilidade das conseqüências jurídicas de eventual descumprimento da lei por parte dos jurisdicionados.²¹⁴

Tradicionalmente, a segurança é representada, dentro de ordenamentos jurídicos como o brasileiro, de origem romano-germânica, pelas normas positivadas. A previsão das condutas sociais tanto quanto possível pelo direito positivado tem o condão de transmitir a sensação social de certeza do direito, e, conseqüentemente, fortalecer a ordem social²¹⁵. Contudo, a evolução histórica do direito e das codificações demonstrou, que as normas positivadas não são auto-suficientes para garantia da segurança jurídica do ordenamento²¹⁶, até pela complexidade das multifacetadas relações sociais. Tal realidade influenciou as técnicas legislativas utilizadas pelo legislador, que passou, por exemplo, a se utilizar de cláusulas gerais no texto normativo, bem como reforçou a importância da jurisprudência e dos precedentes judiciais, até pelo largo campo de interpretação que passou a ser dado aos juízes em verdadeira aproximação dos sistemas da *common law* e *civil law*.²¹⁷

E o constante crescimento da importância da jurisprudência e da margem interpretativa – dotada, no caso brasileiro, de alto subjetivismo – e dos precedentes judiciais

²¹⁴“Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir previsibilidade em relação às conseqüências de suas ações.”(LUIZ GUILHERME MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, p. 122).

²¹⁵ “A positividade do Direito tem como valor preponderante dar certeza às regras de conduta jurídica. Visa, pois, estabelecer, para o futuro, modos de conduzir-se nos negócios jurídicos, na conformidade daquilo, que, histórica e socialmente, se tem como mais justo. A certeza jurídica, assim, se transforma num valor jurídico que, à ordem estatal, interessa preservar e defender. .”(JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*, p. 3).

²¹⁶“sabe-se, contudo, não só que a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador -, como, também, que a idéia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada”(LUIZ GUILHERME MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, p. 124).

²¹⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI faz dura crítica ao sistema da *civil law* com relação à previsibilidade do ordenamento jurídico. Para o autor, “o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de novas ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.”(*Precedentes obrigatórios*, p. 124-125).

no ordenamento jurídico brasileiro refletiu na importância do Poder Judiciário em manter o sentimento de segurança jurídica da sociedade. Não há dúvida de que os magistrados devem ser os principais guardiões da segurança por meio da adequada prestação da tutela jurisdicional, dentre as mais variadas técnicas disponibilizadas pelo ordenamento, já que uma das funções precípua do processo é dar segurança pela solução das crises de direito material.²¹⁸

Partindo-se da premissa da relevante função exercida pelo Poder Judiciário para manutenção da sensação de segurança do ordenamento, há, para fins propostos neste estudo, dois aspectos da segurança jurídica que devem ser destacados.

O primeiro deles é a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos praticados pelos cidadãos em suas atividades sociais.

A segunda delas é a estabilidade da jurisprudência, já que a busca pela tutela jurisdicional também é a procura pela certeza do direito, que também pode ser entendida como a certeza da interpretação jurisprudencial e da qualificação jurídicas dadas pelo Poder Judiciário aos fatos. É de se notar que a estabilidade da jurisprudência é vital em países como o Brasil, no qual há verdadeira hipertrofia legislativa. Portanto, a alteração da jurisprudência deve ser muito debatida e refletida, além de ter de ser feita com extremo cuidado para não atingir indevidamente os jurisdicionados que, em determinado momento, contavam com a orientação jurisprudencial que, muitas das vezes, já era consolidada.²¹⁹

²¹⁸CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao diferenciar os efeitos da sentença e a formação da coisa julgada material, observa que “a segurança jurídica é um bem jurídico produzido pelas técnicas processuais”(*Instituições de direito processual civil*, vol. III, p. 201). ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO observa que “sem entrarmos pelo terreno difícil da filosofia, parece não haver dúvida de que a obtenção da paz social na prevenção e solução de conflitos, criando ou concretizando normas, impõe a consideração das expectativas sociais. Não age adequadamente para obtenção de seus fins um direito que faça irracionalmente alterações abruptas de suas normas e comandos, tumultuando o ambiente social em que os sujeitos atuam e planejam suas atividades. (...). Ora, o mesmo ideal de certeza e segurança, ainda que limitado às figuras previstas na Constituição da República, deve ser transposto para situações em que a norma de comportamento, se constante e pacífica (jurisprudência), é preceito emanado do Poder Judiciário.”(“Nulidade parcial de ato normativo. Lei parcialmente inconstitucional. *Utile per inutile non vixit*. Certeza e segurança jurídica. Eficácia *ex nunc* de jurisprudência quando há reviravolta de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público”, p.21).

²¹⁹ AUGUSTO M. MORELLO observa, com relação a *garantía de la seguridad jurídica*, que “con base igualmente en las cláusulas de los artículos 17 y 18 de la Constitución, la Corte Nacional há adjudicado esta especial denominación a aquellas situaciones consolidadas por el consumo jurídico provenientes de la actividad de los sujetos o por haber mediado a su respecto pronunciamiento judicial,

A exata compreensão dessas duas vertentes supracitadas do princípio da segurança jurídica é essencial para a percepção da importância do tratamento adequado aos processos repetitivos no ordenamento jurídico por meio da técnica de julgamento por amostragem²²⁰.

Previsibilidade, vale ressaltar, não se confunde com imutabilidade da jurisprudência. A jurisprudência, ao contrário das normas positivadas, tem justamente por característica marcante a dinamicidade para adequação da interpretação dos dispositivos legais às alterações sociais constantes. Por conta disso, tornar algum entendimento jurisprudencial imutável, sem qualquer possibilidade de revisão, seria negar a própria essência da função da jurisprudência na sociedade²²¹.

Ainda, é de vital importância para o ordenamento jurídico – e para a previsibilidade e estabilidade da jurisprudência – o respeito de todos os órgãos do Poder Judiciário aos precedentes judiciais e entendimentos firmados em tribunais superiores.

Isso porque os jurisdicionados não podem ficar a mercê das convicções pessoais dos inúmeros magistrados que integram os mais variados órgãos do Poder Judiciário, em especial dos que compõem os tribunais superiores. É necessária a consciência de que cada juiz faz parte de uma organização hierarquizada, e fazer valer convicções pessoais em detrimento de um entendimento sedimentado é infringir inúmeras garantias

de surte que “la estabilidad de las decisiones judiciales firmes” no puede ser atrapada por cambios legislativos, pues lo contrario se atentaria contra “la seguridad jurídica”. (*El proceso justo*, p. 181).

²²⁰Esse também é o apontamento feito por LUIZ GUILHERME MARINONI: “para que a idéia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às conseqüências de suas ações.(...) Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito”(*Precedentes obrigatórios*, p. 122-123).

²²¹O Ministro VÍCTOR NUNES LEAL, idealizador das súmulas de jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, observava que “firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, bem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. (...) razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança” (“Atualidade do Supremo Tribunal”, p. 455).

constitucionais dos litigantes e obrigar tanto o Estado quanto as partes a arcar com custos completamente desnecessários para fazer valer o entendimento que deve prevalecer²²².

A cultura do desrespeito aos precedentes judiciais em prol de convicções pessoais foi um dos motivos de agravamento da crise da administração da justiça, ainda mais em um cenário no qual as teses jurídicas se repetem de forma exacerbada.

E não há dúvida de que a técnica de julgamento por amostragem nos moldes como pensada e que vem sendo utilizada é instrumento extremamente efetivo para a tutela da segurança jurídica do ordenamento, em todos os aspectos aqui referidos. O tratamento adequado aos recursos repetitivos mitiga a patologia de coexistência de decisões conflitantes a respeito da mesma questão de direito pelos efeitos que a decisão paradigma proferida ao final do procedimento invariavelmente causará tanto nos processos sobrestados quanto nos demais casos em tramitação perante o Poder Judiciário, evitando os males que a dispersão de julgados sobre o mesmo tema causa a segurança jurídica do ordenamento, em especial a previsibilidade e a estabilidade das decisões judiciais, já que a pacificação de um posicionamento por meio do procedimento de julgamento por amostragem tende a transformar toda a interpretação posterior, tornando-se consolidada²²³.

O ensinamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO é esclarecedor: “a divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor da segurança e desagregador da harmonia social. A servidão do juiz à lei, a exaltação do caráter impessoal do exercício da jurisdição e a limitação do poder de interpretação judiciária são expressões de necessidade de oferecer segurança. Somos, no entanto, obrigados a conviver com a triste

²²²A mesma crítica é feita por LUIZ GUILHERME MARINONI: “não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de presta a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.”(*Precedentes obrigatórios*, p. 130).

²²³O Ministro LUIZ FUX, ao tratar das alterações legislativas propostas pelo Comissão que elaborou o Projeto de Novo Código de Processo Civil com relação à vinculação dos precedentes judiciais, conclui que “essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando em níveis aceitáveis o denominado “risco Brasil”. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e por via oblíqua afasta os investimentos no país, cuja ratio essendi se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida”(“O novo processo civil”, p. 11).

realidade de julgados em sentidos contraditórios e às vezes rigorosamente opostos, o que clama por medidas capazes de homogeneizar os pronunciamentos dos tribunais – até mesmo, ou talvez principalmente, sem nome do sagrado valor da isonomia”²²⁴

O que se busca pelo desenvolvimento de técnicas adequadas aos processos repetitivos, citando EDUARDO CAMBI, é solucionar o problema da “jurisprudência lotérica”²²⁵, que compromete e muito a segurança jurídica do ordenamento. Há evidente necessidade de se corrigir os males da dispersão de julgados e entendimentos controversos exarados pelo próprio Poder Judiciário a respeito da mesma matéria de direito²²⁶, o que, se não será completamente eliminado do ordenamento jurídico porque inerente ao sistema, vem sendo e poderá ainda mais ser mitigado pela boa utilização da técnica de julgamento por amostragem.

Portanto, a amostragem como técnica adequada aos processos que tratam de idêntica questão de direito desempenham função essencial na obtenção dos objetivos de previsibilidade, estabilidade e uniformização da jurisprudência, requisitos essenciais para a garantia de segurança jurídica do ordenamento.

²²⁴ *Súmulas Vinculantes*, p. 237. SIDNEI BENETI, ao comentar os males da dispersão jurisprudencial em estudo sobre o instituto da assunção de competência, observa que “talvez mais nociva que a morosidade e a perda de qualidade jurisdicional, contudo, seja a dispersão jurisprudencial decorrente do julgamento individualístico dessas macrolides. Essa dispersão gera perplexidade nos participantes dos negócios, incompreensão pública das coisas da Justiça e incentivo ao comportamento de má-fé, dada possibilidade de sustentação das mais variadas teses jurídicas em juízo em cada caso. O descrédito do Poder Judiciário, em decorrência, é evidente.” (“Assunção de competência e *fast-track* recursal”, p. 12.)

²²⁵ “a idéia de jurisprudência lotérica se insere justamente neste contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.” (“Jurisprudência lotérica”, p. 109).

²²⁶ “A “crise da lei” – multiplicação veloz e incontrolável da produção de normas legais e administrativas – deve ser superada com novos instrumentos jurisdicionais, como as decisões definitivas com efeito *erga omnes*, limitadas a matérias determinadas (de Direito público, como as tributárias, previdenciárias etc); com isto se poderia obviar, em boa parte, a própria “crise da justiça”, reduzindo-se a emergência de causas repetitivas, causa de decisões conflitantes e, de conseqüência, de incertezas jurídicas” (CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, *Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico*, p. 199-200).

27. Isonomia

Tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade, para fins de obtenção da igualdade substancial²²⁷. A clássica definição do princípio da isonomia – garantia prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, inc, IV e 5º, *caput*) – é também aplicável ao Poder judiciário e requisito essencial para a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva, na medida em que a previsão constitucional de igualdade de todos os cidadãos perante a lei também deve nortear a interpretação da norma abstrata quando de sua aplicação ao caso concreto²²⁸.

Tratando da aplicação do princípio da isonomia no exercício da atividade jurisdicional, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observa que “*não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequiparador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar*”²²⁹. Ou seja, só há justificativa para o tratamento desigual no momento de interpretação do texto legal em *questões idênticas* se a lei assim previamente determinado, com o intuito de obter a igualdade substancial²³⁰.

Não é só neste aspecto, contudo, que o princípio da isonomia deve ser analisado na perspectiva da utilização das técnicas processuais adequadas aos processos repetitivos. Isto porque, além da necessária isonomia que obriga ao Poder Judiciário tratar litigantes em semelhante situação, em um mesmo momento histórico e sem qualquer nível

²²⁷ Cfr. NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 99. A frase também é utilizada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 213.)

²²⁸ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO faz extensa análise do histórico da legislação brasileira, desde o Projeto do Código de Processo Civil de 1939, para afirmar que “essa memória legislativa é suficientemente eloquente para afirmar que a idéia de isonomia no tratamento judiciário a processos análogos tem sido recorrente ao longo da evolução do direito brasileiro, sendo buscada por técnicas de eficácia e intensidade diversas, até se chegar à modalidade superlativa, que é a Súmula *vinculante*” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 115)

²²⁹ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 45.

²³⁰ Vale citar a conclusão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os discrimens. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais” (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 45).

de desigualdade da mesma maneira²³¹, é necessário dar às partes litigantes tratamento isonômico ou tratamento desigual para eliminar igualdades substanciais para que possam demandar em igualdade de condições.²³²

Portanto, como é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça”²³³.

São nestes aspectos que a técnica de julgamento por amostragem deve tutelar o princípio da igualdade entre os jurisdicionados no processo civil²³⁴.

²³¹É de se notar que é adotado como premissa que inexistente *discricionariedade judicial*, isto é, há somente uma solução correta para cada caso determinada pelo ordenamento jurídico, por mais complexo que seja o processo interpretativo do julgador, inclusive pela adoção de princípios jurídicos e cláusulas abertas no texto legislativo. Neste sentido é a lição de TERESA ARRUDA ALVIM, para quem “para o Magistrado, há uma solução, que há de ser tida como a correta: a desejada pelo legislador e “determinada” pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja dos mais fáceis. (...) E se pode dizer que só há uma solução correta, embora o sistema tolere, do ponto de vista pragmático, haja dualidade ou mesmo pluralidade de decisões, fruto de aplicação da mesma norma, ao mesmo conjunto de fatos, se ela contém um conceito vago, que enseja atividade interpretativa mais complexa que o exercício de raciocínio preso ao esquema subsunivo. Se o sistema “tolera” essa dualidade ou pluralidade de decisões, embora essa situação seja indesejável (mas inevitável), é porque não há meios: 1º de se aferir tecnicamente, qual seja a decisão ontologicamente mais correta; 2º nem de passar “peneira fina”, por ausência de meios técnicos capazes de uniformizar, de forma absoluta e impecável, todos os resultados possíveis, de todos os julgamentos que envolvam processos interpretativos complexos, de conceitos vagos.” (“Existe a “discricionariedade” judicial?” p. 233-234). Para JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “o magistrado não tem liberdade de escolher uma entre várias possibilidades de aplicar a norma: em verdade, espera-se dele que aplique a norma da única forma correta, dando ao caso concreto a solução imaginada (e desejada) pelo legislador” (“Discricionariedade judicial”, p. 190).

²³²CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO exemplifica: “exemplos vivos são a promessa constitucional e legal de assistência jurídica integral aos necessitados (Const., art. 5º, inc. LXXIV) e o tratamento especial concedido às causas de interesse de *idosos*, os quais devem ser processadas e julgadas com prioridade (CPC, arts. 1.211-A a 1.211-C)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, p. 213-214).

²³³*Curso de direito constitucional positivo*, p. 221. No mesmo sentido, AUGUSTO M. MORELLO assevera, com relação a *garantía de la igualdad*, que “la directriz fundamental em cuanto toca a esta garantía há sido desenvuelta por la Corte Nacional en torno a dos pólos conceptuales: a) Ella no impide que el legislador estableza distinciones – o categorías-, que serán valederas em tanto no sean irrazonables o inspiradas em fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas sino em uma objetiva razón de discriminación; b) deve aplicarse a quienes se encuentran em iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas, nada impide un trato también diferente, siempre que el distingo no sea arbitrário o persecutório” (*El proceso justo*, p. 182).

²³⁴ Analisando o instituto da súmula vinculante, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO observa que “em países como o nosso, onde o primado é dado pela norma legal, a afirmada igualdade de todos perante a lei depende, para ser efetiva, de que existam técnicas e meios asseguradores de que aquela desejável igualdade continuará operante se e quando a norma venha submetida à exegese judiciária, ou seja,

Com relação à primeira faceta do princípio da isonomia, a adoção de técnicas voltadas às questões de direito que se repetem tem por objetivo eliminar as divergências jurisprudenciais, uniformizando o tratamento da jurisprudência com relação aos casos repetitivos e promovendo, assim, a igualdade na prestação da tutela jurisdicional aos que se encontram em idêntica crise de direito material²³⁵.

Já com relação à igualdade das partes dentro do processo judicial, é necessário uma análise profunda das condições pessoais das partes dentro dos processos massificados. Isto porque a análise atenta evidencia uma que não só legitima como torna necessário o desenvolvimento de técnicas para a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Em regra, estão sempre em lados opostos pessoas físicas mais fragilizadas economicamente e não habituadas ao trâmite dos processos judiciais e pessoas jurídicas geralmente com alto poderio econômico e financeiro, já habituadas com as peculiaridades de um processo judicial e com as questões estruturais do Poder Judiciário e, por conta disso, mais aptas técnica e economicamente a obter uma tutela jurisdicional favorável.²³⁶

Nesse sentido, MAURO CAPELETTI e BRYAN GARTH, fazendo referência aos ensinamentos de GALLANTER, sugerem a criação de uma classificação para cada uma das partes, denominando por litigante eventual aquele que raramente busca o Poder

quando a norma sai do papel para se subsumir num caso concreto”(*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 114). Esse é um dos fundamentos para o desenvolvimento das técnicas voltadas aos processos repetitivos: permitir que a interpretação judicial também seja isonômica.

²³⁵O Ministro LUIZ FUX, justificando a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, observa que “essas demandas, ao serem decididas isoladamente, geram, para além de um volume quantitativo inassimilável por juízos e tribunais, abarrotando-os, o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétrea da isonomia” (“O novo processo civil”, p. 23). Esse é o mesmo entendimento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Daí ser imperioso que o pretendido “acesso a uma ordem jurídica justa”, para ser efetivo e não apenas virtual ou programático, deve ser aditivado pela garantia de que o tratamento judiciário dispensado à norma legal será igualmente isonômico, em ordem que casos análogos venham, efetivamente, a ser tratados de maneira análoga. É dizer: a ser verdade que “todos são iguais perante a lei”, então a lógica do sistema impõe que essa lei não pode ser apenas a norma legislada (= produto final da atividade parlamentar), senão que deve também incluir a norma julgada, ou seja, a lei submetida à interpretação e aplicação pelos órgãos judiciários nos casos concretos” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 113).

²³⁶Vale o ensinamento do Ministro SIDNEI BENETI: “De um lado, um mesmo ente jurídico, cuja atuação gera conseqüências jurídicas relativamente a grande número de sujeitos. Entre os entes jurídicos dessa espécie, o principal deles é o Poder Público, em todas as suas formas – União, Estados, Municípios e suas entidades paraestatais. Entre os entes privados, de intensa participação negocial de características reiteradas, com pluralidade pronunciada de contratantes, situam-se, por exemplo, instituições financeiras, consórcios, plano de saúde, estabelecimentos de ensino, prestadores de assistência técnica, fornecedores e seus concessionários” (“Assunção de competência e *fast-track* recursal”, p. 10).

Judiciário e que não possui a estrutura organizacional para encarar os desgastes naturais de um processo judicial e por litigante habitual aquele que está sempre em juízo, e por conta disso pode se preparar melhor estratégica e financeiramente. Para referidos autores, ainda ressaltando os ensinamentos de GALLANTER, “as vantagens dos habituais, de acordo com Gallanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”²³⁷

Partindo-se dessa classificação e constando que ela é plenamente aplicável à realidade dos processos repetitivos existentes no Poder Judiciário, é necessário, para que haja a substancial isonomia entre os litigantes, que se desenvolvam procedimentos e técnicas processuais capazes de minimizar as diferenças e dar a necessária paridade de armas entre os litigantes. E não há dúvida de que tanto o processo coletivo quanto a técnica de julgamento por amostragem são hábeis a fazê-lo²³⁸.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO enumera como um dos fatores que estão à base da multiplicação de litígios individuais “a desigual e injusta distribuição dos ônus e encargos na judicialização das controvérsias, levando a que os chamados clientes eventuais do Judiciário resultem muito prejudicados com as deficiências e mazelas do sistema (morosidade; onerosidade; imprevisibilidade; baixa efetividade dos comandos condenatórios), na comparação com os clientes habituais (o próprio Poder Público, Bancos, empresas de telefonia, de cartão de crédito e de seguro-saúde etc.), que trabalham em economia de escala, daí resultando que aquelas mazelas e deficiências não lhes causam perda, senão até laboram em seu favor, propiciando-lhes uma conveniente mora judicialmente legalizada, como já se aludiu em respeitável doutrina.”²³⁹ Logo, “o sistema

²³⁷ *Acesso à justiça*, p. 25.

²³⁸ “Essa desigualdade relativamente ao acesso pode ser atacada com maior eficiência, segundo Galanter, se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar” (MAURO CAPELETTI e BRYAN GARTH, *Acesso à justiça*, p. 25)

²³⁹ “Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos”, p. 152.

processual deve se adequar não apenas às características dos direitos materiais, mas também às diferentes posições sociais dos litigantes.”²⁴⁰

A efetiva utilização da amostragem como técnica capaz de adaptar a prestação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição é mais do que mera opção legislativa. É, na realidade, obrigação do legislador neutralizar toda e qualquer espécie de desigualdade pela criação e utilização de técnicas voltadas às especificidades do caso concreto, em respeito às garantias constitucionais do efetivo acesso à justiça e da isonomia entre os litigantes.

Portanto, a amostragem é verdadeiro instrumento de tutela à isonomia dos litigantes em ambos os aspectos supracitados.

Dá paridade de armas às partes na medida em que cria um procedimento sujeito ao contraditório coletivo no qual a questão jurídica repetitiva será destacada e amplamente debatida pela sociedade civil, elevando ao mesmo patamar litigantes eventuais e habituais, mitigando os efeitos das enormes diferenças pessoais de cada parte, de uma forma que o litigante habitual não possa se beneficiar da burocracia do sistema para ter alguma espécie de vantagem.

Além disso, a formação da decisão paradigma aplicável diretamente aos demais casos sobrestados e que servirá de fortíssimo modelo de persuasão para os demais casos em trâmite perante o Poder Judiciário tem o condão de mitigar o absurdo – recorrente nos dias atuais – de dois cidadãos em idênticas condições serem tratados de forma distinta quando da aplicação do direito posto ao caso concreto.

28. Duração razoável do processo e celeridade

A influência e os males do tempo no processo e a preocupação com a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva, que afeta diretamente a garantia do acesso à ordem jurídica justa e não se mostra efetiva, há muito ocupam a pauta de ciência

²⁴⁰ LUIS GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 153.

processual civil²⁴¹, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no direito comparado.²⁴²

A evolução da sociedade e os reflexos da economia moderna e da revolução tecnológica nas relações sociais tiveram grande efeito na importância dada pela sociedade ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Esse também é o entendimento de NELSON NERY JUNIOR, para quem “o tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via web (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para que haja solução rápida dos processos judiciais e administrativos. Essa globalização deu maior visibilidade às vantagens e desvantagens, acerto e equívocos dos poderes públicos em virtude da exposição a que eles estão sujeitos, situação que é decorrente da transparência que deve existir no estado democrático de direito.”²⁴³. A tempestividade da tutela jurisdicional, portanto, nunca foi tão importante quanto nos dias atuais, muito em virtude da evolução tecnológica dos meios de comunicação social²⁴⁴.

O Brasil já tem há tempos a preocupação com a duração razoável do processo, tanto que foi signatário do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, subscrita em 22 de novembro de 1969 e está em vigor desde 18 de julho de 1978), que incorporada pelo ordenamento brasileiro desde a edição do

²⁴¹CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, citando a lição de FRANCESCO CARNELUTTI, observa que “a necessidade de a lei predispor e o juiz empregar efetivamente todos os meios legítimos e hábeis, com vista a debelar os males que o decurso do tempo é capaz de causar aos direitos. “O valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem tréguas”(“Aceleração de procedimentos”, p. 870).

²⁴² MAURO CAPELETTI faz referência às estáticas feitas pela doutrina alemã a respeito da duração dos processos judiciais já em 1895. O autor observa que “Em fins do século XIX, um eminente processualista alemão, *Adolf Wach*, elogiava o sucesso do Código de 1877, com base nos seguintes dados: nos órgãos judiciais de primeira instância, os *Landrerichte*, 27% das lides civis terminavam em três meses do início do processo, e num outro, 28,7% entre três e seis meses, e ainda noutro, 28,7% entre seis meses e um ano; nos órgãos judiciais de primeira instância, os *Amtsgerichte*, 63,5% dos processos civis contenciosos eram decididos em menos de três meses, e num outro 22,8% entre três e seis meses.”(“Aspectos sociais e políticos do processo civil. Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental”, p. 324).

²⁴³*Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 319-320.

²⁴⁴“Nunca más que ahora, frente a la vertiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga em un tiempo razonablemente limitado, de modo tal que la garantía de la efectiva tutela que anida em el marco del debido proceso, satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad”(AUGUSTO M. MORELLO, *El proceso justo*, p. 418).

decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, por conta de previsão do §2º do art. 5º da Constituição Federal²⁴⁵. Referida convenção previa expressamente como direito fundamental de “ser julgada em um prazo razoável”.

Coroando todo este histórico, a Emenda Constitucional 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, inseriu no texto constitucional, mais especificamente no inciso LXXVIII do seu art. 5º, a garantia fundamental à duração razoável do processo, prevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²⁴⁶. E a duração razoável do processo, além de ser garantia constitucional autônoma, integra também o conceito de devido processo legal.²⁴⁷

Em que pesem os esforços legislativos e a certeza de que a duração razoável do processo é uma garantia constitucional fundamental, o desrespeito à referida garantia não é efetivamente penalizada no ordenamento jurídico brasileiro. A análise do direito comparado, contudo, demonstra outra realidade²⁴⁸. E a realidade do ordenamento jurídico brasileiro demonstra que referida garantia constitucional vem sendo diariamente violada.

A consciência de que a efetividade da prestação da tutela jurisdicional está intimamente ligada à tempestividade desta vem se fortalecendo ao longo dos anos, e a positivação no texto constitucional da garantia constitucional da razoável duração do processo foi o resultado desse esforço da comunidade jurídica. Hoje, se tem a consciência de que é necessário cada vez mais, aliado ao investimento em infra-estrutura do Poder Judiciário – que ainda não é suficiente no país –, desenvolver técnicas processuais amoldadas às situações de direito material para que sejam neutralizados, na medida do

²⁴⁵ Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Aceleração de procedimentos”, p. 870.

²⁴⁶ Outras Constituições ao redor do mundo também estabelecem a duração razoável do processo como garantia fundamental dos cidadãos, como é o exemplo da Constituição Italiana, em seu art. 111, a Constituição Portuguesa, em seu art. 20, 4 e 5, a Constituição Espanhola, em seu art. 24, 2. Para análise mais detalhada, inclusive de onde foi extraída parte das informações, é recomendada a leitura de NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 318-319.

²⁴⁷ AURY LOPES JR., GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p. 17

²⁴⁸ Situação distinta vive o ordenamento jurídico italiano: “Tali garanzie, in caso di violazione, sono tutelabili mediante azione giurisdizionale diretta, dinanzi agli organi di giustizia Internazionale di Strasburgo (Comissione europea e Corte europea dei diritti dell’uomo).” (LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI, MICHELE TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*, p. 96).

possível, os efeitos do tempo no processo. Só há acesso à ordem jurídica justa se a tutela jurisdicional for prestada de forma tempestiva, ou seja, em prazo razoável²⁴⁹.

instrumento voltado à pacificação social pode influenciar negativamente a realidade dos jurisdicionados. E é justamente essa a realidade da sociedade brasileira.

A crise de morosidade só se justifica se passageira. E este não é o caso do Poder Judiciário brasileiro²⁵¹. O próprio Código de Processo Civil vigente estabelece ao magistrado a obrigação de velar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II)²⁵². E, como já ressaltado neste estudo, foi constatado na realidade do Poder Judiciário que os processos repetitivos são o principal óbice à celeridade da prestação jurisdicional e conseqüentemente à garantia da duração razoável do processo.

Dentro deste contexto, o julgamento por amostragem, como técnica de processamento e julgamento voltadas aos processos repetitivos, tem vocação natural para dar à tutela jurisdicional a celeridade necessária para que a garantia fundamental da duração razoável do processo seja respeitada, já que valoriza os precedentes judiciais, com procedimento apto a produzir decisões paradigmas aplicáveis a inúmeros processos,

²⁴⁹ A doutrina aponta alguns critérios para que se seja possível avaliar a duração razoável do processo. Como o estudo aprofundado do princípio não é exatamente o objeto do estudo, é feita simples referência aos ensinamentos de NELSON NERY JUNIOR, que tenta apontar critérios objetivos, quais sejam: a) a natureza do processo e a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa”(*Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 320). LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA asseveram que “a duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre a definição segura da existência do direito e a realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz”(*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 29).

²⁵⁰ A Comissão elaboradora do Projeto de Novo Código de Processo Civil captou o anseio social por celeridade com segurança. *Cfr.* LUIZ FUX, “O novo processo civil”, p. 1-4).

²⁵¹ “O excesso de trabalho, o número excessivo de processos, o número insuficiente de juízes ou de servidores, são justificativas plausíveis e aceitáveis para a duração exagerada do processo, desde que causas de crise passageira. Quando se tratar de crise estrutural do Poder Judiciário ou da Administração, esses motivos não justificam a duração exagerada do processo e caracterizam ofensa ao princípio estatuído na CF 5º LXXVIII”(NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 321).

²⁵² LUIZ GUILHERME MARINONI, defendendo os precedentes obrigatórios no sistema processual brasileiro, observa que “o respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral. Se os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionalíssimas, a parte não tem necessariamente chegar à corte superior para fazer valer seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir tempo e o trabalho da administração da justiça.”(*Precedentes obrigatórios*, p. 187).

proporcionando às questões de direito que se repetem rápida e prioritária solução²⁵³ e cooperando, assim, para desafogar os tribunais.

A sociedade brasileira não mais aceita a morosidade do Poder Judiciário. É claro que o desenvolvimento de técnicas de adaptem a tutela jurisdicional as mais variadas situações de direito material não é a única solução para o problema, que depende também de vontade política e competência de gerenciamento de administração de recursos para investimento no Poder Judiciário, em especial pelo Poder Executivo. De qualquer forma a nós, processualistas, cabe contribuir para o desenvolvimento da ciência em busca de soluções técnicas que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva e efetiva. E as técnicas de processamento e julgamento adaptadas aos processos repetitivos – como o julgamento por amostragem - com certeza são uma forma de tentar obter este fim e tutelar a garantia fundamental à razoável duração do processo.

Por fim, vale a ressalva de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem “de nada adianta um processo seguro e justo, mas demorado; também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando risco de decisões injustas. É preciso buscar o *tempo razoável* a que se refere o art. 5º, LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional.”²⁵⁴. É esse o grande desafio do processo na sociedade contemporânea. Aliar celeridade a segurança jurídica, isonomia e acesso à ordem jurídica justa, considerando-se um contingente de processos e

²⁵³TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA fazem a seguinte observação para a efetiva proteção da garantia da duração razoável do processo: “Repercussão da solução jurídica para a sociedade: nos casos em que da solução judicial poderá resultar o ajuizamento de novas ações, deve o sistema incentivar o ajuizamento de ações coletivas, que permitam a unificação de litígios em uma só demanda, evitando-se, com isso, a existência de várias e diversificadas decisões judiciais, sobre um mesmo problema de direito. Nestes casos, impõe-se ao juiz um peculiar modo de pensar o Direito, levando em consideração não apenas a solução de “um” litígio, mas a repercussão que a sua decisão terá para os demais jurisdicionados, que poderão ver-se incentivados a ajuizar as ações, porque se terá criado uma expectativa, em razão daquela decisão judicial. A massificação de direitos, assim, é fator que não poderá passar despercebido, seja pelo legislador, seja pelo juiz”(Breves comentários à nova sistemática processual civil, p. 29). O ensinamento é essencial, principalmente pela lembrança de que a massificação de direitos não pode passar despercebido, já que a tutela jurisdicional prestada de forma inadequada para tais situações é fator preponderante na morosidade do Poder Judiciário.

²⁵⁴ *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 79.

recursos que extrapola e muito o razoável. E acredita-se que a técnica de julgamento por amostragem, por todas as suas peculiaridades teóricas, tem o condão de fazê-lo.

29. Economia processual

A tutela jurisdicional deve ser prestada de forma efetiva, mas também pelos meios mais efetivos para que se chegue ao resultado final almejado pelas partes²⁵⁵. O processo, como instrumento que é para realização do direito material, deve proporcionar aos jurisdicionados os meios mais céleres e menos custosos para entrega final da prestação jurisdicional. Esse é o princípio da economia processual²⁵⁶, em muito aplicável à realidade dos processos de massa.

A técnica de julgamento por amostragem também é uma forma de instrumentalização do princípio da economia processual, na medida em que é apta a racionalizar o processamento e o julgamento dos recursos que tratam idêntica questão de direito. O procedimento de amostragem evita que sejam praticados inúmeros atos desnecessários em cada um dos recursos repetitivos, em especial todo o trabalho de remessa e distribuição perante os tribunais superiores.

Não há dúvida, portanto, de que o tratamento de certa forma coletivo dado aos inúmeros processos individuais que tratam de idêntica questão de direito tem o condão de proporcionar verdadeira economia processual, na medida em que se evita a pulverização de atos que seriam praticados isoladamente, concentrando todos em um mesmo procedimento com vocação para formação de uma decisão paradigma aplicável a todos os casos.

E, de uma forma, geral, todas as técnicas voltadas a tutelar de forma adequada processos que se repetem tem o condão de proporcionar economia processual ao

²⁵⁵ “O resultado processual deve ser atingido com a maior economia de meios. Esta economia de meios exige que cada processo, por um lado, resolva o maior número possível de litígios (*economia de processos*) e, por outro, comporte só os actos e formalidades indispensáveis ou úteis (*economia de actos e formalidades*)(JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais*, p. 177)

²⁵⁶ ALUÍSIO DE CASTRO MENDES, analisando a função das ações coletivas como forma de proporcionar a economia processual, observa que “esse princípio, por sua vez, precisa ser entendido de modo mais amplo, sob o ponto de vista subjetivo, como orientação geral para o legislador e para o aplicador do direito processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides”(Ações coletivas no direito comparado e nacional, p. 31).

ordenamento, na medida em que, em regra, serão economizados inúmeros atos das partes e do juiz até que seja tomada a decisão final de mérito.

CAPÍTULO IV – A TÉCNICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

§8. Aspectos gerais

30. Conceito e natureza do julgamento por amostragem

Análisadas as bases teóricas que motivaram a criação da técnica de julgamento por amostragem, convém neste tópico conceituá-lo e classificá-lo à luz da teoria geral do processo.

Inicialmente, vale ressalva de que a amostragem em nada têm relação com os mecanismos processuais pertencentes ao subsistema de processo coletivo. As semelhanças são única e exclusivamente do fato de terem um objetivo, dentre outros tantos, em comum – que é o de contenção dos males causados à prestação da tutela jurisdicional decorrentes do tratamento dispersivo de processos que tratem de questão de direito idêntica – e serem *de certa forma* conseqüência da tendência de coletivização da tutela jurisdicional, cada um, contudo, com suas peculiaridades teóricas.²⁵⁷

Feita essa necessária diferenciação, não há dúvida de que o julgamento por amostragem é *técnica processual, entendendo-se por técnica o meio (instrumento) desenvolvido para obtenção de fins previamente estabelecidos*. Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “em sentido amplo, técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. A técnica processual manifesta-se na definição legal dos modelos de procedimento a serem observados e nas progressivas situações jurídicas em que se situam os sujeitos do processo, ou seja, na dinâmica da relação jurídica processual”²⁵⁸

Também a lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE é esclarecedora. Para o autor, “a técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao

²⁵⁷ A ressalva é de extrema importância para que não sejam confundidos conceitos completamente distintos. O Ministro LUIZ FUX, analisando o incidente de resolução de demandas repetitivas criado pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, observa, com relação às técnicas de trato conjunto de questões de direito comuns, que “ainda que não se possa falar propriamente em processo coletivo para esta espécie de solução de conflitos, sua importância emerge na medida em que delinea parcialmente os limites de eficácia das demandas supraindividuais e apresenta soluções alternativas de conflitos coletivos” (“O novo processo civil”, p. 11). De qualquer forma, são instrumentos distintos, com bases teóricas distintas e não devem ser confundidos.

²⁵⁸ “Universalizar a tutela jurisdicional”, p. 406.

instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; b) garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade”²⁵⁹

O julgamento por amostragem, como técnica processual adequada ao fenômeno da repetição, foi desenvolvido com o objetivo de racionalizar o trabalho decorrente dos incontáveis processos que possuem questões de direito comuns, fortalecendo assim a segurança jurídica do ordenamento por evitar a existência de decisões conflitantes a respeito da mesma matéria, dando celeridade e atendendo à garantia da duração razoável do processo e garantindo a isonomia entre os jurisdicionados tanto com relação à paridade de armas quanto no tratamento igualitário na aplicação da norma abstrata ao caso concreto. Ou seja, tem objetivo muito claro preestabelecido desde sua concepção, e, caso inexistisse, os recursos repetitivos dirigidos aos tribunais superiores não seriam adequadamente tutelados e, conseqüentemente, tais objetivos não seriam atingidos²⁶⁰, como não foram por longa data dentro do direito brasileiro. E a análise estatística dos resultados da aplicação da técnica comprova referida afirmação.

Não há dúvida, portanto, que o julgamento por amostragem, à luz da teoria geral do processo, é verdadeira técnica processual voltada aos objetivos de resguardar a segurança jurídica do ordenamento, além da isonomia, a duração razoável do processo e economia processual.

²⁵⁹ *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 78-79.

²⁶⁰ Os objetivos das técnicas processuais devem ser claros. Vale, neste sentido, a ressalva de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Toda técnica será cega e até perigosa se não houver a consciência dos objetivos a realizar, mas também seria estéril e de nada valeria a definição de objetivos sem a predisposição de meios técnicos capazes de promover sua realização. A técnica do processo visa em primeiro lugar à pacificação de indivíduos e grupos de indivíduos, eliminando conflitos mediante a realização da justiça. Na adequada aplicação da técnica processual cumpre ao juiz buscar soluções legitimamente descobertas no direito substancial bem interpretado, o que significa que, num plano imediato, essa técnica é instrumento a serviço da realização do direito substancial – embora, numa visão mais ampla, ambos se filiem ao escopo social de pacificar. A técnica processual é descrita de maneira mais visível nas leis e tem, portanto, indisfarçável tendência às conotações preponderantemente dogmáticas: cada ordem jurídico-processual difere, no tempo e no espaço, da ordem jurídico-processual de outros períodos históricos ou de outros países.”(CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 61).

É de se destacar, por fim, que a técnica de julgamento por amostragem é na realidade uma *técnicas judiciais interprocessuais*²⁶¹, já que utilizada como critério a coletivização da questão comum de direito para solução conjunta.

Ainda no âmbito da teoria geral do processo e da conceituação da amostragem enquanto técnica, a criação do mecanismo de análise da repercussão geral por amostragem e do regime de recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça gerou a primeira grande polêmica a respeito do tema, muito por conta da confusão entre os conceitos de análise por amostragem e repercussão geral.

Por ser a repercussão geral autêntico requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, quando da criação do regime estipulado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, que aplicava ao Superior Tribunal de Justiça regime similar ao estabelecido no art. 543-B para o Supremo Tribunal Federal, preocupou-se a doutrina com uma possível interpretação distorcida do dispositivo que criasse uma modalidade de repercussão geral para os recursos especiais sem prévia autorização constitucional, o que conseqüentemente tornaria inconstitucional o dispositivo legal.

Referida celeuma, contudo, advém de uma interpretação equivocada do texto dos artigos que regulamentam o regime de recursos repetitivos no Código de Processo Civil. Isto porque o art. 543-A regulamenta o requisito da repercussão geral para recursos extraordinários interpostos em casos não massificados, no quais a repercussão geral figura como requisito de admissibilidade e verdadeiro filtro de contenção para o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Já o art. 543-B é regra específica quanto ao processamento do

²⁶¹ Expressão utilizada por ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, para quem, ao comentar o artigo 543-B do Código de Processo Civil vigente, “o aprimoramento da atividade jurisdicional é buscado não tanto a partir de mecanismos atuantes sobre o processo, mas sobre o conjunto inter-relacionado de causas submetidas à apreciação do Judiciário, valorizando sua influência recíproca. O desenvolvimento de técnicas intraprocessuais vem cedendo espaço ao de técnicas interprocessuais”. (“A repercussão geral dos recursos extrardinários e o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal”, p. 311). JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR também observa que “o contingenciamento, que ocorre independentemente da nossa vontade, e se verifica como reação ao excessivo número de demandas, deve (...) implicar no aumento da possibilidade de solução conjunta dos temas idênticos que esperam por decisão. Assim, não só a celeridade será alcançada, mas (e esse aspecto é o mais importante) a *insegurança* jurídica será reduzida. Não só o volume experimentalará redução, mas a possibilidade de compreensão uniforme do ordenamento jurídico se verificará” (“Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade”, p. 58).

referido requisito para os recursos extraordinários múltiplos, voltado à racionalização da apreciação de admissibilidade destes recursos pelo Supremo Tribunal Federal.²⁶²

Logo, não há que se confundir repercussão geral e julgamento por amostragem²⁶³. O primeiro é autêntico requisito de admissibilidade, enquanto o segundo é técnica processual de processamento e julgamento de recursos repetitivos, aplicável tanto para o Supremo Tribunal Federal (art. 543-B) quanto para o Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C)²⁶⁴.

Em suma, o julgamento por amostragem é verdadeira técnica processual *de processamento* dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (com relação a estes, também tem o condão de processar por amostragem a análise da repercussão geral), nada dispondo sobre o cabimento dos recursos ou qualquer outro requisito de admissibilidade²⁶⁵,

²⁶²Parece também ser este o entendimento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “verdade que nos RE’s *singulares* (não massivos), o quesito da “repercussão geral” se apresenta como um *filtro*, já que o juízo de admissibilidade positivo *depende* do atendimento a esse pressuposto genérico (CF, art. 102, §3º, CPC, art. 543-A e §1º). Já o regime processual dos RE’s e REsp’s massivos e repetitivos (CPC, arts. 543-B e C, respectivamente), aparece preordenado a uma outra finalidade, qual seja a de permitir o julgamento *concentrado ou em bloco* dos apelos represados na origem, os quais se apresentam uniformizados por envolverem a mesma *quaestio juris*, fator que enseja o julgamento conjunto”(A *resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 626).

²⁶³“a exigência constitucional da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário associa-se em alguma medida ao mecanismo técnico-processual pelo qual a decisão tomada em um *leading case* se propaga imperativamente aos casos em que se debata idêntica questão constitucional, devendo os tribunais afeiçoar suas decisões à do Supremo Tribunal Federal, inclusive mediante retratação do que houver decidido em sentido diferente (Const., art. 102, §3º e CPC, arts. 543-A e 543-B). Tais são os julgamentos por amostragem, autorizados pelo Código de Processo Civil também ao Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C e res. STJ-8, de 7.8.08)²⁶³. (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 87).

²⁶⁴ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO observa que “aspecto relevante, mas até agora não muito debatido em doutrina, diz quanto à própria *constitucionalidade* do manejo de RE’s e RESp’s *por amostragem*: se por aó se entende houve inovação no *cabimento* desses recursos, deflagra-se possível querela constitucional, já que se trata de recursos de fundamentação *vinculada* ao texto constitucional (art. 102, III, e 105, III), seara infensa, pois, ao legislador ordinário; *aliter*, porém, se se entender que por ali se estabelece apenas um *modus procedendi* para o julgamento de recursos múltiplos e massivos, exegese que fica confortada pelos princípios constitucionais da *isonomia* perante a lei (que se estende à lei aplicada aos processos judiciais) e à *razoável duração* dos processos.”(*Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 359-360) O autor conclui aparentemente adotando a posição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem “é mister entender que o art. 543-C não traria nenhuma novidade relevante quanto ao *cabimento* do recurso especial e, conseqüentemente, não portaria nenhuma agressão ao seu “modelo constitucional”(Curso *sistematizado de direito processual civil*, vol. 5, p. 313).

²⁶⁵ “Vê-se, assim, que o art. 543-C do CPC contém apenas regra de *processamento* dos recursos especiais, que não diz respeito ao *cabimento* de tais recursos”. (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 307).

até porque disposição neste sentido por meio de alteração do Código de Processo Civil, sem qualquer previsão constitucional, seria inconstitucional.

§9. Premissas conceituais da amostragem nos Tribunais Superiores

31. A evolução da função exercida pelos tribunais superiores como fundamento para a técnica do julgamento por amostragem

A compreensão da atual função dos tribunais de superposição e do papel desempenhado pelos recursos excepcionais depende necessariamente de uma análise histórica do surgimento das cortes dentro do ordenamento jurídico. Para os fins a que se propõe este estudo, a análise é de extrema importância para que se entenda o que está à base da criação da técnica do julgamento por amostragem, demonstrando-se que os critérios utilizados são legítimos e estão de acordo com o modelo constitucional do processo civil.

A adoção e o desenvolvimento da análise por amostragem para os casos massificados é resultado da prevalência de três essenciais funções exercidas pelos tribunais de superposição dentro do ordenamento jurídico: de definição de paradigmas, de guardião da uniformidade da jurisprudência e de exercício de controle da aplicação da norma jurídica.

Como já ressaltado, o marco moderno do surgimento das cortes de cassação é a revolução francesa de 1789²⁶⁶. A corte de cassação criada pelos revolucionários burgueses e influenciada pela ideologia do movimento era vinculada ao Poder Legislativo – ou seja, não era parte integrante do Poder Judiciário – e tinha função de controlar os pronunciamentos judiciais e adequá-los ao direito positivo, para que não houvesse nenhuma interferência no processo legislativo. Neste contexto, a doutrina da

²⁶⁶ “Mas, como es sabido, el concepto moderno del instituto *sub examine* recién arranca globalmente en Francia, a través de la obra legislativa de la Revolución, que renovando el esquema que existía en la época monárquica lo transformó en un instrumento para la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces. Es éste el origen de la casación (en sentido moderno) que nació – y esto es bueno tenerlo siempre presente – con la creación de un organismo político – no jurisdiccional- que cumplía funciones de control constitucional, vigilando la actividad de los jueces”(JUAN CARLOS HITTERS, “La casación civil en Perú”, p. 158-159). No mesmo sentido, PIERO CALAMANDREI, *La casación civil*, p. 26. COMOGLIO, FERRI e TARUFFO também destacam a Corte de Cassação italiana tem origem no modelo francês, observando que este era uma alternativa a “corte supreme di tipo austro-tedesco che si ispiravano al modello della *Revision*, ossia corti terza istanza abilitate a decidere la causa nel merito.”(*Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*, p. 642).

separação de poderes, preconizada por MOSTESQUIEU²⁶⁷, era aplicada de forma peculiar no regime francês pós revolução, na medida em que a prevalência irrestrita da lei acabou por gerar certa superposição do Poder Legislativo sobre os demais poderes e conseqüentemente influenciou o modelo de atuação da corte recém criada.

Referida configuração era justificada nos abusos cometidos pelos magistrados no regime anterior²⁶⁸, e a idéia era que a corte cassasse o ato judicial cujo teor infringisse a lei, com o posterior reenvio a outro magistrado para que proferisse nova decisão, desta vez de acordo com o direito posto²⁶⁹. “Se o segundo juiz persistia em tomar orientação diversa, então tinha lugar o *référé obligatoire* no corpo legislativo, que expedia um decreto de interpretação da lei, tendente a uniformizar a decisão do terceiro juiz”²⁷⁰.

Até por não ser órgão integrante do Poder Judiciário, a corte de cassação não aplicava o direito ao caso concreto – e nem poderia – mas sim se limitava a cassar o pronunciamento judicial contrário à lei e determinar que outro fosse proferido em substituição. Nas palavras de HITTERS, a corte de cassação exercia “un cotralor meramente negativo (*iudicium rescindens*) que se limitaba a dejar sin efecto los fallos considerados extralimitativos, reenviando luego las actuaciones a otro magistrado para que decidiera nuevamente la causa”²⁷¹. A função de aplicação do controle de aplicação da norma jurídica exercida pela corte de cassação francesa é origem da chamada *função nomofilática* e era o meio pelo qual era buscada a unidade de aplicação do direito.

A evolução da sociedade acaba por demonstrar que a nomofilaquia na forma como originalmente pensada era ineficaz, na medida em que o controle de aplicação da norma e conseqüentemente da unidade do direito era impossível sem a análise da questão pela própria corte de cassação²⁷². Era essencial para a efetividade do exercício de

²⁶⁷ De forma geral a obra *O espírito das leis*.

²⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 646.

²⁶⁹ ALFREDO BUZUID observa que “inicialmente, a Cassação exercia uma função antes negativa que positiva. Anulava a sentença de última instância proferida *em contravention expresse au texte de la loi* sem conhecer do mérito, remetendo a causa a outro magistrado para novo julgamento” (“A crise do Supremo Tribunal Federal”, p. 125).

²⁷⁰ “A crise do Supremo Tribunal Federal”, p. 125.

²⁷¹ “La casacion civil en Perú”, p. 159.

²⁷² CASTANHEIRA NEVES observa que “é certo que esta fase – de um radicalismo absurdo e tendo na base a ingênua confiança na onipotência da lei, ambos de todo alheios à realidade, e só explicáveis por uma intenção exclusivamente política– não durou muito(...). Cedo se reconheceu a inevitável necessidade da

controle de aplicação da norma a apreciação do mérito da questão de direito posta em juízo, ou seja, através da interpretação da questão²⁷³. Nesta toada é que surgem, em contraposição às cortes de cassação, as primeiras cortes de revisão, que além de cassar o ato contrário à lei interpretavam o direito, também o aplicavam ao caso concreto. É também neste mesmo momento histórico que as cortes de cassação passam a figurar no ponto mais alto do Poder Judiciário²⁷⁴.

A partir do momento que é dado às cortes de cassação o poder de realização do controle de aplicação da norma jurídica ao caso concreto por meio da interpretação do direito, surge como consequência do exercício da função nomofilática a função de uniformização da jurisprudência (ou melhor, de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais)²⁷⁵. E como uniformizadores da jurisprudência, as decisões proferidas pelas cortes supremas também passaram a exercer influência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, como consequência da uniformização, mais modernamente surge a função de fixação de precedentes, tão relevante nos dias atuais.

Além das funções supracitadas, a evolução das cortes superiores e a possibilidade de interpretação judicial trouxeram outras questões à tona. Se as cortes de cassação, que originariamente não eram parte integrante do Poder Judiciário, e com o passar do tempo passam a ser e também interpretar o direito, por que não aplicá-lo ao caso concreto e evitar o reenvio dos autos para que seja proferida nova decisão? É a partir desta reflexão e até por medida de economia processual que surge a função *dikelógica*, de

interpretação judicial da lei e até da sua integração (...) como condição (...) de um efectivo cumprimento da função jurisdicional”(*O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, p. 81-82).

²⁷³ “Entre os objetivos da Cassação não se compreendia, pois, o de realizar a unidade do direito através da exegese jurisprudencial; esta função surge só mais tarde, através de lenta e segura evolução”(ALFREDO BUZAID, “A crise do Supremo Tribunal Federal”, p. 125).

²⁷⁴ ALFREDO BUZAID, “A crise do Supremo Tribunal Federal”, p. 125-126.

²⁷⁵ “Reconhecido, porém, que a atividade judicial envolve uma necessária interpretação da legislação, a função dos Tribunais Supremos acabou adquirindo um novo endereço: o objetivo desse controle voltou-se à uniformização da jurisprudência. A Corte de Cassação italiana, no início do século XX, ilustra bem o ponto. No fundo, todavia, o desiderato continuava a ser o mesmo, já que se entendia essa jurisprudência como atividade de interpretação das leis”(LUIZ GUILHERME MARINONI, DANIEL MITIDIERO, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 13).

aplicação do direito ao caso concreto²⁷⁶, no qual é observado o *ius litigatoris*, ou o interesse da parte²⁷⁷.

Pois bem, considerado o histórico supracitado, tem-se destacado na atualidade quatro funções essenciais, que devem sempre ser observadas e sopesadas, desenvolvidas pelos tribunais superiores dentro do ordenamento jurídico, tanto no direito brasileiro quanto no direito comparado,: a primeira delas é a chamada função *nomofilática*, de controle de aplicação da norma jurídica; a segunda delas é a *dikelógica*²⁷⁸, de realização da justiça no caso concreto; e, por último as funções de uniformização da jurisprudência e fixação de precedentes, esta última podendo ser chamada de *função paradigmática*, uma das premissas teóricas do julgamento por amostragem²⁷⁹, que é a aptidão para formação de

²⁷⁶ “De todo modo, a partir de meados do século XX, os ordenamentos jurídicos de alguns desses países passaram a conferir aos respectivos tribunais de cúpula, por medida de celeridade e economia processual, o poder de decidir a causa *in totum*, desde que os fatos estejam bem delineados nos autos”(JOÃO FRANCISCO NAVES DA FONSECA, *Exame de fatos nos recursos extraordinário e especial*, p. 46-47). JORDI NIEVA FENOLL faz excelente análise e destaca a importância social da justiça do caso concreto nos tribunais de cassação. (“La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*”).

²⁷⁷ JOÃO FRANCISCO NAVES DA FONSECA, *Exame de fatos nos recursos extraordinário e especial*, p. 48. Este mesmo autor, à página 49, destaca ser incorreta a afirmação de que os recursos extraordinário e especial visam exclusivamente à proteção do direito objetivo, tendo em vista a função *dikelógica*, com o que se concorda. De qualquer forma, a existência de referida função e a necessidade de que seu desenvolvimento seja harmônico com as demais funções não afasta o fato de que o objetivo principal dos recursos excepcionais é correta aplicação do direito objetivo e o controle de subsunção, atingindo o interesse dos recorrentes de forma secundária, o que se destaca ainda mais no caso dos recursos repetitivos. Neste sentido é o entendimento de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 266 e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 27.

²⁷⁸ “O STF, ao conhecer do recurso extraordinário (=juízo de admissibilidade positivo, inclusive quanto à *repercussão geral* – CF, §3º do art. 102), ato contínuo “decide a causa aplicando o direito à espécie”(Súmula 456). Com isso, a Colenda Corte desempenha a dupla função *nomofilática* e *dikelógica*: a primeira reportada à preservação da inteireza positiva, validade e autoridade do ordenamento positivo, e a última, voltada à resolução justa da lide *in concreto*, nos limites em que o permite o efeito devolutivo de um recurso de tipo excepcional de estrito direito e fundamentação vinculada à CF (art. 102, III).(RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 582).

²⁷⁹ “A *função paradigmática* do STJ vem de ganhar vigoroso e decisivo impulso com a possibilidade, assegurada pela Lei 11.672/2008 (inseriu no CPC o art. 543-C, parágrafos e incisos) de *juízo por amostragem* de recursos múltiplos e repetitivos, mediante a fixação pelo STJ, no processo tomado como *representativo*, da exegese que, na seqüência, será estendida aos casos idênticos, sobrestados nas instâncias de origem, *ad instar* o sistema que já beneficia o STF, nos moldes do art. 543-B do CPC, cf. Lei 11.418/2006.” (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 701).

precedentes judiciais com influência (persuasiva ou vinculante) nos demais órgãos do Poder Judiciário²⁸⁰.

Os tribunais de superposição brasileiros são cortes de cassação e de revisão²⁸¹. Atuam da mesma forma que as cortes de cassação quando estão diante de *erros in procedendo* e como corte de revisão nas hipóteses de *error in iudicando*²⁸². Esta conclusão é possível de ser extraída, inclusive, do teor da súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal: “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Trazendo o debate o objeto do presente estudo, dentro do contexto atual de litigância de massa e do abarrotamento da máquina estatal de solução de conflitos, a função paradigmática dos tribunais superiores tem se destacado, o que pode ser concluído, pelas inúmeras técnicas de valorização dos precedentes judiciais inseridas no Código de Processo Civil no decorrer dos últimos anos, entre elas a técnica de julgamento por amostragem.

Assim, *dentro da premissa da jurisdição massificada*, não há dúvida de que a função a *paradigmática* tem se sobressaído sobre as demais funções, no intuito da formação de paradigmas aplicáveis a todos os casos idênticos dentro do ordenamento jurídico, promovendo desta forma a isonomia, proporcionando a todos a celeridade e segurança jurídica²⁸³. De certa forma, no âmbito da jurisdição massificada, também a

²⁸⁰ “Como uma das funções dos tribunais superiores é uniformizar o entendimento da Constituição Federal (STF) e da lei federal no País (STJ e TST), toda decisão tomada pelas cortes superiores em casos individuais projetam o entendimento no tribunal, atuando como paradigma para casos idênticos futuros” (NELSON NERY JÚNIOR, “Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior”, p. 78)

²⁸¹ “Esses tribunais não se limitam à cassação dos julgados, mas à sua revisão, no sentido de que eles aplicam ao caso concreto a interpretação jurídica dada por correta, substituindo o *decisum* inferior e julgando a causa” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “A função das cortes supremas na América Latina”, p. 185).

²⁸² “Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, esses tribunais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficam a meio do caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do Direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo”(OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A função dos tribunais superiores”, p. 285).

²⁸³ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO faz a mesma ressalva: “embora se reconheça ao recurso extraordinário – e, por extensão, ao STF, a *tríplice função* supra-referida na conclusão n. 48 [funções nomofilática, dikelógica e paradigmática], tem-se presentemente sobrelevado a *missão paradigmática* (formulação

função de uniformização tem relevantíssimo papel, para que se evite decisões contrárias no mesmo momento histórico a respeito de questões idênticas.

Soma-se a isso o fato de que as decisões tomadas pelas cortes superiores jamais têm efeito restrito aos litigantes. A formação do paradigma atinge a coletividade como um todo, até por conta da função paradigmática, em especial quando se trata do fenômeno da repetição. O entendimento firmado pelas cortes de superposição invariavelmente transcende o interesse das partes e deve afetar toda a sociedade, constatação essa ainda mais perceptível em casos massificados²⁸⁴. É justamente neste ponto que mora a criação da técnica de julgamento por amostragem auxilia e muito os tribunais superiores a desenvolverem a função paradigmática.

Também é necessário, para o efetivo exercício da função de uniformização da jurisprudência, mecanismos que permitam, dentro de um contexto massificado, a pulverização de entendimentos jurisprudenciais a respeito da mesma questão jurídica. Essa é a importância da técnica de julgamento por amostragem para o exercício da função uniformizadora.

Por fim, pode-se argumentar que a técnica da amostragem e suas peculiaridades procedimentais de alguma forma desprezam a relevância do *ius litigatoris* e da função *dikelógica*, impedindo o devido direito constitucional de acesso aos tribunais superiores aos jurisdicionados.

Contudo, quando o assunto é o fenômeno da repetição e o potencial de multiplicação de recursos que tratam de matéria idêntica, aptos a causar efeitos nocivos ao ordenamento jurídico como um todo, na realidade é a amostragem como técnica processual que pode proporcionar o verdadeiro acesso aos tribunais superiores aos jurisdicionados, na

de precedentes pretorianos, em forma de jurisprudência dominante ou sumulada”(A *resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 723).

²⁸⁴ “a relevância das decisões dos tribunais superiores em lides individuais, portanto, não está apenas na sua aplicação ao caso concreto, como atuação da verdadeira atividade substitutiva da jurisdição e como fator de implementação da paz social. Sua relevância transcendente à situação individual está no quadro de fundamentação do acórdão (im Rahmen der Urteilsbegründung), fundamentos esses que se aplicarão aos casos concretos futuros que serão examinados pelo tribunal superior ou por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Daí podermos nominar de decisões-quadro os pronunciamentos do STF, STJ, TST, TSE e STM a respeito das matérias que são de sua competência constitucional” (NELSON NERY JÚNIOR, “Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior”, p. 78).

medida em que se cria um procedimento que permite o debate da questão jurídica por toda a sociedade civil, para posterior formação de uma decisão paradigma amplamente legitimada.

Logo, em que pese o acesso à corte superior não ser individual (apesar da possibilidade dos recorrentes poderem influenciar a formação da decisão paradigma por meio de manifestação no procedimento), o debate destacado da questão - que sem a existência da técnica estaria fadada a ser analisada dentro de um contexto de jurisdição massificada e, portanto, sem a devida atenção - é que faz com que a função *dikelógica* se harmonize com as demais funções.

32. A necessária criação de filtros de contenção da litigiosidade nos tribunais superiores

Há que se destacar ainda que os tribunais de superposição brasileiros não podem ser vistos como uma verdadeira terceira instância, em uma leitura irracional da função *dikelógica* e uma busca incessante por uma utópica decisão justa, o que privilegiaria interesses individuais em detrimento da coletividade, ainda mais em um contexto de jurisdição massificada, que almeja clama pela jurisdição efetiva²⁸⁵. O saudável acesso às instâncias superiores pelos litigantes deve ser sopesado com o exercício da função dos referidos tribunais destinados, principalmente, à proteção do direito objetivo e uniformização da jurisprudência, o que é ainda mais destacado nos processos repetitivos²⁸⁶.

²⁸⁵ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA faz interessante análise a respeito da cultura brasileira de eterna busca por um resultado favorável. Para o autor, “o pensamento que se oculta sob a concepção do Direito Processual Civil – em que predominam os procedimento intermináveis, cujo paradigma é o *procedimento ordinário* -; e particularmente a *idéia que subjaz sob o modo como instituímos o sistema de recursos, deita raízes no mais puro e radical iluminismo*, que nos obriga a buscar, qualquer que seja o preço exigido pelas circunstâncias, a miragem de uma justiça perfeita, como se apenas o último julgamento da última instância fosse o guardião do segredo de uma justiça divinamente perfeita.” (“A função dos tribunais superiores”, p. 294).

²⁸⁶ Na mesma linha do aqui defendido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO assevera que “ao contrário do que a alguns possa parecer, não há no sistema – constitucional ou da legislação ordinária – norma ou princípio, explícito ou implícito, a garantir que os acórdãos proferidos pelos Tribunais locais ou regionais (TJs, TRFs, TRTs) devem sofrer sucessivas revisões nos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST), argumento falacioso que, se levado a crédito, propicia que esses órgãos de cúpula passem a operar como órgãos de terceira ou quarta instância, desvirtuando sua finalidade e comprometendo a qualidade do seu trabalho, ante a plethora de processos que a eles aflui” (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 622).

Na realidade, “pode-se dizer que a pretensão de analisar e responder de maneira fundamentada a todas as irresignações endereçadas ao Superior Tribunal de Justiça – independentemente de sua relevância e repercussão geral – é, em verdade, uma proclamação vazia e cínica. De que adianta assegurar um direito (de *status* constitucional) a um “terceiro grau” de jurisdição se, na prática, os jurisdicionados são reféns de uma jurisprudência defensiva imprevisível, excessivamente formalista e de decisão massificadas que, em razão justamente das capacidades institucionais limitadas do Tribunal, dispensam pouco ou nenhuma atenção ao caso concreto? Tal realidade serve apenas ao propósito de desvirtuar o Superior Tribunal de Justiça, impedindo que os Ministros atuem como verdadeiros guias da jurisprudência nacional”²⁸⁷.

É nesse sentido que, dentro de uma sociedade de massa com conflitos de massa, é necessário que o acesso às cortes superiores seja racionalizado, criando-se alternativas para o efetivo desempenho da função jurisdicional pelos tribunais de superposição. Chega a ser obviedade afirmar que a análise individualizada de cada conflito inviabilizaria o exercício das funções constitucionais atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, até porque a promessa irrestrita de acesso a tais cortes é utópica, já que na prática o que se tem é o estabelecimento de óbices jurisprudenciais criados pelos tribunais para o não conhecimento de recursos e um contexto de jurisdição massificada que inviabiliza a análise detalhada do caso concreto.

E o retardo na criação e desenvolvimento de técnicas processuais aptas a racionalizar o acesso às altas cortes do país ocasionou a atual situação de crise, que até hoje perdura no Poder Judiciário e aos poucos vem sendo remediada.

Como a principal causa do excesso de trabalho nas cortes superiores é a avalanche de recursos especiais e extraordinários, instrumentos que são o meio de condução dos litigantes às cortes supremas, é dentro deste contexto se mostra necessário criar condições e mecanismos de contenção da litigiosidade para que os tribunais superiores desenvolvam com eficiência a função de estabelecer criteriosamente precedentes com função prospectiva, uniformizando o entendimento dos demais órgãos integrantes do Poder

²⁸⁷ GUILHERME RECENA COSTA, *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*, p. 133-134.

Judiciário²⁸⁸. Assim é que podem ser desenvolvidas técnicas que permitem a corte superior selecionar as causas que pretende julgar, como a repercussão geral, ou ainda que de alguma forma permitam a extensão dos efeitos da decisão paradigma para outros casos, como o julgamento por amostragem²⁸⁹. É justamente neste ponto que se legitima a criação da técnica de julgamento por amostragem para ambos os tribunais superiores.

Por fim, também seria saudável ao ordenamento jurídico brasileiro interpretar o Superior Tribunal de Justiça como uma verdadeira corte de superposição, dando-lhe os mesmos mecanismos dos já existentes para o Supremo Tribunal Federal. Neste linha, não há dúvida de que uma das soluções para o abarrotamento do Superior Tribunal de Justiça, além da utilização da técnica de julgamento por amostragem, seria a adoção do requisito da repercussão geral para questões de lei federal, nos moldes da repercussão geral hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁹⁰.

²⁸⁸ Novamente RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, para quem “com a oferta de *uma revisão*, por órgão colegiado, das decisões monocráticas proferidas por órgão judicial de primeiro grau, cumpre-se o dever estatal de apreciar (e, sendo o caso, dirimir) os históricos de lesões sofridas ou temidas, tendo-se então por atendido o chamado *duplo grau de jurisdição*. Desse ponto em diante, a postura da Justiça estatal deve se alterar profundamente, por modo a se tomar num registro excepcional o acesso aos Tribunais Superiores, seja porque as decisões judiciais não podem ficar sujeitas a sucessivas e infundáveis impugnações, seja porque esses órgãos de cúpula não se destinam a revê matéria de fato nem a reavaliar provas, seja, enfim, porque sua intervenção só se justifica quando argüidas *quaestiones iuris* singulares, complexas e de relevante interesse geral. Daí a indispensabilidade de os Tribunais Superiores contarem com *elementos de contenção* capazes de *filtrar*, de *triar* os processos a eles dirigidos”(A *resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 718).

²⁸⁹ “as demandas relativas aos chamados “direitos individuais homogêneos” e outras ações análogas, fonte de recursos idênticos, reproduzidos aos milhares e às vezes às dezenas de milhares, a absorverem os tribunais superiores, poderiam encontrar solução, a nosso ver, através de outros instrumentos, como por exemplo a instituição de uma norma legal que estendesse *ultra partes* a coisa julgada contida em decisão proferida em última instância pelos tribunais supremos, em ações desta espécie – sabido, como é, que o vínculo da coisa julgada não é o mesmo que decorre da “súmula vinculante”-. Ou então, fazendo com que a propositura da respectiva ação individual determinasse sua automática transformação em ação coletiva, ou impusesse a suspensão de seu curso, até que o órgão legitimado ajuizasse uma ação coletiva, capaz de produzir coisa julgada *ultra partes*”(OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA, “A função dos tribunais superiores”, p. 304-305).

²⁹⁰ “O fato de o acesso ao Supremo Tribunal Federal ter se restringido por força da “repercussão geral”, outrossim, não traz ao instituto nenhuma inconstitucionalidade no sentido material. Pela natureza e finalidade dos “recursos extraordinários”, é possível (a até mesmo desejável), que o constituinte se encarregue de estabelecer verdadeiros filtros ao acesso ao Supremo Tribunal Federal (e também ao Superior Tribunal de Justiça) para viabilizar que ele melhor desempenhe sua função, de estabelecer parâmetros seguros e objetivos de aplicação do direito federal em todo o território nacional” (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 5, p. 291). No mesmo sentido, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA observa que “mesmo assim, a faculdade, que se deve reconhecer aos tribunais supremos, de selecionar, discricionariamente, os recursos que irão merecer

33. O julgamento por amostragem como resultado da tendência de objetivação dos recursos excepcionais

Na linha do quanto exposto nos itens acima, a função dos tribunais superiores dentro do ordenamento jurídico é, *precipualemente* e em se tratando dos casos repetitivos decorrentes da realidade das massas, de uniformização da jurisprudência e fixação de paradigmas que orientem as instâncias inferiores e tenham verdadeiro efeito prospectivo para todos os demais casos.

Tendo-se como premissa tais conclusões, a amostragem como técnica de processamento e julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos também é resultado da *tendência de objetivação dos recursos excepcionais* (no sentido de aproximação entre os processos subjetivos e objetivos), tese que surgiu no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de otimizar e dar mais efetividade a declaração de inconstitucionalidade feita pela corte suprema em sede de controle difuso incidental²⁹¹, demonstrando verdadeira prevalência das funções nomofilática, paradigmática e uniformizadora e que vem ganhando certa força internamente no próprio Supremo Tribunal Federal e na doutrina²⁹².

seu julgamento é a providência inicial, pedagógica, para a retomada do caminho, que nos poderá conduzir ao processo de revisão de nosso perverso sistema recursal” (“A função dos tribunais superiores”, p. 302. Em sentido contrário é a opinião de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, para quem “outra alternativa que não nos parece adequada, seria estabelecer requisito da repercussão geral também para o recurso especial, solução que, em nosso sentir, não se mostra adequada aos escopos do recurso especial, havendo que se levar em consideração, também, a quantidade muito grande de normas federais existentes no direito brasileiro”(Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário, p. 59, nota de rodapé 108).

²⁹¹ “passou a ganhar corpo no STF a tese da *objetivação do recurso extraordinário*, fundada na consideração de que o apelo extremo empolga uma querela de extração constitucional, cuja resolução pelo Tribunal deve ter seus efeitos otimizados, sob pena, de um lado, de o STF perder-se na imensidão de recursos que repercutem idêntica *quaestio júris* e, de outro, de se projetarem situações de iniquidade e até de perplexidade para os jurisdicionados, justamente inconformados com o trato desigual a situações iguais” (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 592).

²⁹² Para citar apenas alguns autores que tratam da tendência de objetivação: LUIZ GUILHERME MANIRONI e DANIEL MITIDIERO, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 70; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 583; EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 237; FREDIR DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 349; CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 5, p. 292. . No Supremo Tribunal Federal, destaque para o julgamento do Recurso Extraordinário 376.852-SC, julgado em 27 de março de 2003 pelo pleno da corte, no qual figurava como relator o Ministro GILMAR MENDES. Esse precedente também é citado por MANIRONI e MITIDIERO e TALAMINI.

Algumas características da “nova jurisdição constitucional”²⁹³ denotam essa tendência de objetivação dos recursos excepcionais, entre eles a técnica de julgamento por amostragem, no qual se cria um procedimento com participação de terceiros para formação de uma decisão paradigma aplicável a casos idênticos, ou seja, que evidentemente transcende o interesse subjetivo das partes.

Assim, diante do procedimento criado para análise por amostragem de recursos repetitivos pelos tribunais superiores, com a participação efetiva da sociedade e o interesse social na decisão paradigma é que tem se constatado que a amostragem é também resultado da tendência de objetivação dos recursos dirigidos aos tribunais superiores²⁹⁴.

E a tendência de objetivação do recurso extraordinário atingiu também o recurso especial, em especial após a adoção também pelo Superior Tribunal de Justiça da técnica de julgamento por amostragem. Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “tal técnica se harmoniza com a tese de *objetivação* dos recursos excepcionais, dirigidos aos *Tribunais da Federação*, proposta justificada pelo fato de que tais impugnações, sem embargo do legítimo interesse individual perseguido pelas partes, sobreleva o interesse público à higidez, autoridade, validade e uniformidade interpretativa do ordenamento positivo (Constituição: STF; direito federal comum: STJ), a legitimar a expansão da eficácia das decisões aos demais casos nelas subsumidos, em ordem ao tratamento

²⁹³ Expressão de EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...* Para autor, “identifica-se a tendência de objetivação do recurso extraordinário, a partir do conjunto de aspectos aqui destacados: pressuposto da repercussão geral; atenuação de exigências meramente formais; redimensionamento da exigência de prequestionamento; técnica de julgamento por amostragem, apta a produzir uma decisão-quadro aplicável à generalidade de recursos que versem sobre questão idêntica; admissão de *amicus curiae* dada a relevância do julgamento para outros processos...” (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 237).

²⁹⁴ “Em sintonia com essa objetivação do recurso extraordinário coloca-se a sua modalidade tirada por amostragem, em ordem a permitir, de um lado, a prevenção do trâmite concomitante e desnecessário de recursos com idêntico fundamento e, de outro, a agilização do julgamento, tanto nas instâncias de origem como no STF; e, enfim, busca-se com isso assegurar tratamento isonômico aos jurisdicionados, valendo lembrar, quanto a estes, a finalidade *social* do procedimento em causa, já que podem afluir ao STF decisões oriundas dos Colégios Recursais e Turmas de Uniformização no âmbito dos Juizados Especiais, foro propício às causas cíveis de menos complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo.” (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 593).

isonômico devido aos jurisdicionados em face da lei (CF, art. 5º, *caput*) e à *agilização* da resposta jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII).”²⁹⁵

Portanto, não há dúvida de que o ordenamento jurídico vivencia verdadeira tendência de objetivação dos recursos excepcionais dirigidos às Cortes Superiores, do que a técnica de julgamento por amostragem é consequência imediata.

34. O surgimento da amostragem no ordenamento jurídico brasileiro

O contexto já exposto relacionado à função dos tribunais superiores dentro do ordenamento jurídico brasileiro, à legitimidade da criação de filtros de contenção da litigiosidade e à tendência de objetivação dos recursos excepcionais dirigidos às cortes de superposição vem influenciando o legislador brasileiro desde o ano de 2005.

A tendência atingiu inicialmente o Supremo Tribunal Federal, até pela maior urgência existente. A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu na Constituição Federal o §3º do art. 103, criando o requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário – como já dito, grande responsável pelos anos de abarrotamento desta corte –, exigindo que o recurso, para ser conhecido e analisado em seu mérito pela suprema corte, deva tratar “de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”, nos termos do *caput* do art. 543-A do Código de Processo Civil.

A intenção da criação do requisito de admissibilidade é clara. Ao mesmo tempo em que pretende dar à corte suprema a possibilidade de selecionar as causas que pretende analisar tendo em vista a importância da questão de direito posta no recurso, tem também por objetivo criar um verdadeiro filtro de contenção de processos, diminuindo a quantidade dos casos a serem analisados pela suprema corte.

²⁹⁵ A *resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 702. Também neste sentido é a afirmação de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem “também aos recursos especiais repetitivos tem sido reconhecido um quê de objetivação no mesmo sentido pelo n. 3.5, supra, para a “repercussão geral”. Foi a razão pela qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (QO no REso 1.063.343/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v 17.12.2008, DJe 4.6.2009) decidiu ser inviável a desistência do recurso depois de ele ter sido selecionado para julgamento, nos moldes e para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 5, p. 313).

Além disso, a criação de filtros de contenção dos recursos extraordinários não é novidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Antes da entrada em vigência da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já teve à sua disposição, antes do advento da Constituição de 1988, o instituto da argüição de relevância, com semelhanças ao cenário atual²⁹⁶, em especial com a necessidade de transcendência da decisão da causa para além do interesse das partes.

No decorrer de sua história a corte suprema também se utilizou de sua jurisprudência e de seu regimento interno para impor obstáculos ao conhecimento de recursos extraordinários, criando *verdadeiros* requisitos de admissibilidade não constante do texto constitucional, o que torna forçosa a conclusão de que, dentro de um Estado Democrático de Direito, e considerando que a história demonstra que o filtro de acesso existirá de qualquer forma, é essencial que o requisito de admissibilidade seja previsto com critérios objetivos para que possa ser debatido pela sociedade.²⁹⁷

Voltando especificamente ao tema deste estudo, o §3º do art. 103 da Constituição Federal como foi regulamentado pela lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou ao texto do Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, sendo tais dispositivos responsáveis pelo tratamento do instituto da repercussão geral na legislação infraconstitucional. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também regulamenta a repercussão geral (arts. 322 a 329), e, por delegação expressa do *caput* do art. 543-B, regulamenta a técnica de julgamento por amostragem (arts. 328 a 328-A).

Vale dizer que a inovação trazida pela lei 11.418/06 não foi só a regulamentação de um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, criado por emenda constitucional. O legislador, atento às exigências sociais esmiuçadas no capítulo 1 deste estudo e à realidade caótica do Poder Judiciário, não só criou o filtro de contenção ao acesso à Supremo Tribunal Federal pela análise da importância da matéria tratada no recurso, permitindo que a corte suprema selecione os casos que deva decidir (art. 543-A),

²⁹⁶ Sobre a argüição de relevância ver, por todos, a obra de ARRUDA ALVIM, *A argüição de relevância no recurso extraordinário*.

²⁹⁷²⁹⁷ EDUARDO TALAMINI aponta que “a repercussão geral foi precedida não apenas da antiga argüição de relevância (cujo objeto e estrutura de desenvolvimento eram parcialmente diversos do atual instituto), mas sobretudo pelo emprego de tantos outros filtros de admissibilidade recursal, em sua maioria desenvolvidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal sob a invocação do caráter extraordinário do recurso” (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 20-21).

como também criou mecanismo de *processamento* da análise da repercussão geral para os casos múltiplos, inserindo no texto do Código o art. 543-B. Para tal mecanismo de processamento BARBOSA MOREIRA sugeriu o termo “amostragem”²⁹⁸, hoje muito bem aceito pela doutrina. Assim, foi exatamente na regulamentação da repercussão geral pela lei ordinária que surgiu, com a feição atual, o julgamento por amostragem no Supremo Tribunal Federal.

Faz-se referência à feição atual do julgamento por amostragem uma vez que técnica semelhante a hoje vigente já era prevista para o julgamento dos recursos advindos dos Juizados Especiais Federais, prevista pelo §5º do art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (revogado pela emenda regimental n. 21/2007), que regulamentava as regras previstas pelos §§4º a 9º do art. 14, cumulados com o art. 15 da lei 10.259/2001.

Diante de todo o exposto e da técnica outrora existente para análise por amostragem dos recursos extraordinários interpostos contra as decisões dos Juizados Especiais Federais, é necessário um esclarecimento. Há que se diferenciar a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A do CPC) e que impõe a necessidade das questões debatidas no recurso serem relevantes do ponto de vista econômico, social e político e ultrapassarem o interesse subjetivo das partes do *processamento* do recurso por amostragem, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

O requisito da repercussão geral deve estar presente em todo e qualquer recurso extraordinário dirigido à corte suprema, sendo ele idêntico ou não a outros tantos. A análise da presença do requisito e conseqüentemente seu julgamento é que será alterada diante da constatação de haver “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”.²⁹⁹

²⁹⁸“Súmula, jurisprudência, precedente: uma Escalada e seus riscos”, p. 9.

²⁹⁹ EDUARDO TALAMINI extrai semelhante conclusão – de que “o julgamento do recurso por amostragem é mecanismo independente da repercussão geral (ainda que seja também de especial utilidade para a aferição dessa)” diante da constatação de que “esse mesmo procedimento já havia sido implementado para os recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas no sistema dos Juizados Especiais Federais – mediante a alteração do Regimento Interno do STF.”(*Novos aspectos da*

O Projeto de Novo Código de Processo Civil, corroborando o quanto afirmado, decidiu por aproximar o regime dos recursos extraordinários e especiais repetitivos. No texto projetado, mais especificamente na subseção II da seção II do Capítulo VI, nos artigos 990 a 995, foi criado um regime unificado para ambos³⁰⁰.

A análise por amostragem no Supremo Tribunal Federal foi criada como uma forma de racionalizar a análise da repercussão geral e o posterior julgamento do mérito recursal dos recursos extraordinários repetitivos. É o que a FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA denominaram, na visão deste trabalho de forma incompleta, de repercussão geral por amostragem³⁰¹.

Incompleta porque o art. 543-B não regulamenta somente a análise da repercussão geral por amostragem, mas também o julgamento do mérito recursal pelo Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado adiante. Neste sentido é que §3º do referido artigo estabelece que “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.”. E o §4º dispõe que “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”. Logo, o dispositivo regulamenta a análise por amostragem da repercussão geral e do mérito dos recursos extraordinários repetitivos.

A doutrina vem reconhecendo e se aprofundando nos chamados novos aspectos da jurisdição constitucional, muito relevantes para a sua compreensão nos dias atuais.³⁰² Dentre tais aspectos, sem dúvida alguma, figuram o julgamento por amostragem, ainda que como mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para aferição da

jurisdição constitucional brasileira..., p. 66). A respeito da técnica utilizada nos recursos extraordinários advindos dos Juizados Especiais Federais se tratará logo em seguida no corpo do texto.

³⁰⁰ “Quanto às questões repetitivas no âmbito dos recursos especial e extraordinário, seu processamento e julgamento segue, tal como em segundo grau de jurisdição, o lineamento dos arts. 543, 543-A, 543-B e 543-C do CPC, mas o Projeto simplifica as disposições ali contidas, por unificar a regulamentação aplicável aos recursos extraordinário e especial (arts. 990 a 995 do PLS 166/2010). Essa unificação também se afigura como salutar. (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, p. 114).

³⁰¹ Termo utilizado por FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (*Curso de direito processual civil*, vol. 3, p. 336).

³⁰² Por todos, EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*

repercussão geral do recurso extraordinário, e a própria repercussão geral, como “pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário”³⁰³.

A amostragem não se limita, contudo, à nova jurisdição constitucional, apesar de também fazer parte desta. O legislador, até como resultado do movimento de reformulação da justiça iniciado pela aprovação da emenda constitucional n. 45/04³⁰⁴, novamente atento ao modelo constitucional do processo civil e o até então bem sucedido regime criado pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, de amostragem para os recursos extraordinários³⁰⁵, ampliou, por meio da lei 11.672, de 8 de maio de 2008, que inseriu o art. 543-C no Código de Processo Civil, a técnica da amostragem aos recursos especiais repetitivos. Por delegação da lei (§9º do art. 543-C), o Superior Tribunal de Justiça regulamentou o processamento e o julgamento dos recursos especiais repetitivos por meio da resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008. Por óbvio referida resolução jamais poderia inovar, mas tão somente esmiuçar o que já é preestabelecido pelo artigo do Código de Processo Civil.

E em que pese a existência de debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito de alguns dos aspectos técnicos e dúvida práticas a respeito da utilização pelos Tribunais Superiores do julgamento por amostragem, referida técnica processual tem se mostrado extremamente efetiva, constatação esta estatisticamente comprovada, como será demonstrado no próximo tópico.

35. A análise da amostragem em números

As estatísticas constantes do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal dão clara demonstração da efetividade da instauração dos filtros de contenção de litigiosidade pela lei n. 11.418/06.

³⁰³ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 20.

³⁰⁴ A exposição de motivos da lei 11.672/08 observa que “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 da prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”.

³⁰⁵ A própria exposição de motivos da lei que introduziu o art. 543-C no Código de Processo Civil faz referência à técnica da amostragem aplicada à repercussão geral: “Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei nº 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal”.

Isto porque o número de processos (recursos extraordinário e agravos de instrumento) distribuídos perante esta corte, que no ano de 2007 era de 112.938, absurdamente elevado para uma corte constitucional, foi reduzido no ano de 2011 para o número de 38.109³⁰⁶.

Já com relação ao Superior Tribunal de Justiça, a exposição de motivos da lei n. 11.672/08, justificando a criação do instrumento, observou que “somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento.”.

Segundo informações obtidas junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, o número de processos distribuídos à referida corte, no ano de 2007, ano anterior a entrada em vigência do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi de 313.364, maior número da história da corte desde sua criação, e que comprovava a preocupante tendência de crescimento do volume de processos exposta pela exposição de motivos da supracitada lei.

Nos anos seguintes, com a entrada em vigor da técnica de julgamento por amostragem, o número de processos distribuídos, por mais que ainda elevado, jamais chegou ao mesmo patamar. Foram 271.571 processos distribuídos em 2008, 292.103 em 2009, 292.103 em 2010 e 288.574 em 2011, o que demonstra a efetividade da técnica de julgamento por amostragem e o auxílio na racionalização de trabalho da corte superior. Hoje há 324 temas submetidos ao regime de julgamento por amostragem, julgados ou aguardando julgamento. E a comunidade jurídica compreendeu a importância do instituto, que já está amplamente difundido em nossa cultura e acabou por se tornar peça fundamental para que o Superior Tribunal de Justiça exerça perante os jurisdicionados a função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta que “foi de 38% a queda nas entradas de recursos especiais a partir da implantação do sistema de recursos repetitivos nesse tribunal (art. 543-C). Também no Supremo Tribunal Federal houve uma redução, no

³⁰⁶ Informações extraídas do *site* www.stf.jus.br.

ano de 2008, com a distribuição de 66.873 processos e julgamento de 130.747. Calcula-se que com a implantação da exigência da *repercussão geral* como requisito para o recurso extraordinário (Const. 102, §3º) houve uma diminuição de cerca de 40% nas distribuições”³⁰⁷.

§10. Os arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil

36. Hipóteses de incidência da técnica e identificação da questão de direito repetitiva que autoriza a utilização da amostragem

A utilização da técnica do julgamento por amostragem é desencadeada pela constatação da existência de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, nos termos do *caput* do art. 543-B, ou “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, nos termos do *caput* do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Observada pelos tribunais de origem ou tribunais superiores a existência de recursos especiais ou extraordinários que tratem de idêntica questão jurídica e que tenham potencial de afetar negativamente a prestação da tutela jurisdicional se forem analisados nos moldes tradicionais, isto é, individualmente (ou de forma atomizada), a lei determina que tais recursos sejam processados por amostragem, ou seja, sejam selecionados – com base nos critérios que serão esmiuçados no item 40 – recursos representativos da controvérsia para remessa aos tribunais superiores.³⁰⁸ A hipótese de incidência da norma depende de da análise de dois pontos essenciais, quais sejam, (i) a identificação da idêntica questão de direito (art. 543-C) ou idêntica controvérsia (art. 543-B); (ii) a multiplicidade de recursos, tratada por ambos os dispositivos.

O primeiro critério é verificar se há identidade de questões de direito entre recursos especiais e extraordinários interpostos apta a deflagrar o julgamento por

³⁰⁷ “Súmulas vinculantes”, p. 215-216.

³⁰⁸ “Para incidência do procedimento previsto no art. 543-C do CPC, exige-se que haja multiplicidade de recursos sobre um mesmo tema jurídico, devendo ser selecionados “recursos representativos da controvérsia”(Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória, p. 308). CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO observa que o julgamento por amostragem “consiste esse mecanismo em técnicas mediante as quais, em caso de multiplicidade de recursos versando a mesma tese jurídica (recursos repetitivos), o Tribunal julga um desses recursos por amostragem, propagando-se o resultado desse julgamento aos demais.”(Vocabulário do processo civil, p. 178.).

amostragem³⁰⁹, entendendo-se por questão de direito “as dúvidas relacionadas com a determinação das normas jurídicas a serem impostas no julgamento ou com preciso significado de cada uma delas, ou questões de direito.”³¹⁰. No mesmo sentido é a lição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que observa que “há questões que se pode dizer sejam propriamente jurídicas (= de direito) quando o foco da atenção do tribunal ao reformar a decisão deva ser algum *problema* emergente do entendimento do texto (ou do conjunto de regras jurídicas) aplicável ao caso. Já se sabe qual é o caso, e que o texto incide. Há, todavia, *um ponto problemático*, cuja solução independe do exame do juízo acerca dos fatos, já “resolvidos”.”³¹¹.

Ou seja, questão de direito nada mais é do que a controvérsia ou dúvida com relação à norma jurídica aplicável ao caso concreto ou com relação ao significado e interpretação da norma. É por isso que comumente se diz que os recursos extraordinário e especial realizam o controle de subsunção³¹².

As questões de direito que autorizam a utilização do procedimento por amostragem, por óbvio devem ser as questões constitucionais, no caso do recurso extraordinário repetitivo (art. 543-B), ou de lei federal, no caso de recurso especial repetitivo (art. 543-C), ou caso contrário o acesso às instâncias superiores estaria vedado aos recorrentes, por conta da incidência da súmula 279 do Supremo Tribunal Federal súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, ambas prevendo que para simples reexame de prova não cabe recurso especial ou extraordinário³¹³.

³⁰⁹“O delineamento da relação-modelo com a causa de pedir e pedido padronizados, importa para a criação do precedente, para aplicação da solução-tipo às causas afins que estejam pendentes ou que venham a ser ajuizadas (como permite o art. 285-A do CPC (LGL 1973/5, por exemplo) e para outras finalidades previstas em lei, como o exame de admissibilidade de recursos interpostos em demandas homogêneas (como autoriza o art. 518, §1º, do CPC (LGL 1973/5)), a identificação da repercussão geral (Art. 543-B do CPC (LGL 1973/5), o julgamento e o sobrestamento de recursos repetitivos (Art. 543-C do CPC (LGL 1973/5)).”(ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS, “Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa”, p. 91).

³¹⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Os efeitos dos recursos”, p. 131.

³¹¹ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 360. Vale também apontar a lição de ROBERTO ROSAS que, citando CHIOVENDA, assevera que “a questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata”(Direito sumular, p. 121).

³¹² *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 359.

³¹³ LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI faz a mesma ressalva. Para o autor, “a expressão ‘controvérsia [utilizada pelos arts. 543-B e 543-C do CPC], desacompanhada de qualificação ‘de direito’ dá uma falsa impressão de amplitude ao art. 543-B, que, no entanto, não se verifica na prática. Afinal, ‘para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário’(Súmula 279 do STF. Logo, o recurso

Vale ressaltar, contudo, que a identidade de questões de direito que autoriza a utilização da técnica da amostragem não “prevê-, assim, um caso de *conexão por afinidade* entre os recursos extraordinários em causas repetitivas”, como sustentado por FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA³¹⁴. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “só os elementos concretos das demandas concorrem para aproximá-las e, assim, envolvê-las em alguma relação relevante para o direito; não os seus *fundamentos jurídicos* (causa de pedir remota) nem *a natureza jurídico-material* do bem da vida pretendido nem *a natureza do provimento pedido*. Esses elementos nada têm de concreto e a coincidência deles não constitui reflexo da complexidade das relações em que pessoas ou grupos se envolvem”³¹⁵.

O segundo critério, de solução um pouco mais complexa, se refere ao termo “multiplicidade”. A falta de critérios objetivos da norma e alta dose de indeterminação do termo podem levar a utilização equivocada da técnica, sem que haja necessidade do processamento por amostragem. É preciso que os integrantes dos tribunais de origem e os ministros dos tribunais superiores, competentes para o início do procedimento, se utilizem do bom senso para não alterarem o regular processamento de recursos especiais e extraordinários que não sejam repetidos (sejam poucos e em número insignificante do ponto de vista institucional). Devem se atentar, por outro lado, para evitar atrasos no início do procedimento quando ele é necessário, para que não haja prejuízo à prestação da tutela jurisdicional, em especial pela prática de atos desnecessários em desatenção à economia processual.

Assim, não basta a mera repetição sem qualquer consequência institucional para o sistema. É necessário que haja fundado receio da multiplicação dos processos com idêntica questão de direito pelos tribunais, como o condão de causar às cortes superiores os males que se buscou evitar com o desenvolvimento da técnica de julgamento por amostragem. Não basta a repetição simples, de poucos casos, que nada

extraordinário sempre terá como fundamento central uma questão de direito, cuja repetição em outros recursos extraordinários fará incidir a regra do art. 543-B. Assim, é sempre a identidade da questão jurídica que dá suporte aos recursos extraordinários ou especiais que faz desencadear o julgamento *por amostragem*” (“A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”, p. 31-32).

³¹⁴ *Curso de direito processual civil*, p. 337.

³¹⁵ *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 153.

influenciará na prestação da tutela jurisdicional e que não tem qualquer potencial de se multiplicar.³¹⁶

Deve se ter em mente, ainda que para a utilização da técnica de julgamento por amostragem é necessário que haja uma *similitude*³¹⁷ entre elementos abstratos da demanda, como a causa de pedir remota (fundamentação jurídica) e a natureza do provimento pedido, além de uma similitude do contexto fático que envolve a controvérsia. Nas palavras de LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI, “o julgamento por amostragem e as demais técnicas pensadas para o processos repetitivos não são adequados para o exame de processos permeados por peculiaridades fáticas ou jurídicas influentes no deslinde das questões de direito existentes em seu contexto.”³¹⁸. Este também parece ser o entendimento de ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS, que denomina o fenômeno de “situações jurídicas homogêneas”³¹⁹

³¹⁶ Neste sentido é a lição de ARAKEN DE ASSIS, para quem “elementos de incidência da regra avultam em dois pontos: a identificação da (a) multiplicidade de recursos e, em cada qual, a presença da (b) identidade de questão de direito aventada nas impugnações. É preciso alguma largueza na avaliação do primeiro requisito (a). Por óbvio, jamais bastará um espécime isolado, por mais promissor ou adequado qu pareça, para a ulterior fixação do precedente a respeito da matéria, mas de dois ou mais recursos. Em contrapartida, parece desnecessário acumular dezenas ou até centenas de recursos similares, no caso de divisar-se o surgimento, em breve, de outros casos análogos, haja vista o volume e a estridência do debate instalado no primeiro grau ou, *interna corporis*, no tribunal. E quanto à identidade da questão de direito (b), evidentemente uma questão federal-do contrário, frise-se bem, o julgado não comportaria reexame na via especial – o elemento comum, e que conduzirá àquela condição, decorre da subsunção do esquema de fato à(s) norma(s) que conferem o(s) efeito(s) pretendido(s) no pedido. Existirão algumas variações, em algumas hipóteses, no esquema de fato” (*Manual dos recursos*, p. 829-830).

³¹⁷ Não se pode falar em *identidade* de qualquer dos elementos concretos das demandas pois senão se estaria tratando de uma relação de conexão.

³¹⁸ “A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 32. Vale ainda citar a ressalva do autor, no mesmo trecho: “a avaliação da identidade da questão de direito veiculada nos recursos extraordinários e especiais deve ser feita com cautela. É preciso que ela esteja inserida em um cenário homogêneo para a sua vinculação ao julgamento *por amostragem*. A homogeneidade do cenário deve levar em conta as normas e os fatos decisivos para o enfrentamento da questão jurídica. (...) Porém, não se exige que sejam rigorosamente iguais nem que esses recursos sejam no mesmo sentido. O que interessa é a identidade da questão jurídica ventilada nos recursos extraordinários ou especiais e do material a ser utilizado para a sua análise”.

³¹⁹ “As demandas repetitivas fundam-se em situações jurídicas homogêneas. (...) Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares, entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo.(...) As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica da tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. (...) A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras

E são inúmeros exemplos de recursos repetitivos que seguem este perfil na rotina dos tribunais superiores. Controvérsias relacionadas a benefícios e auxílios previdenciários, diferenças de reajuste de planos econômicos, controvérsias envolvendo contratos bancários, consórcios, cobranças de tarifa básica relacionadas a serviços essenciais, questões tributárias, entre outras.³²⁰

37. Competência para o início do procedimento

Estabelece o §1º do art. 543-B do Código de Processo Civil que “cabará 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”. No mesmo sentido é a previsão do §1º do art. 543-C do Código de Processo Civil, que estabelece que “cabará ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspenso os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça”³²¹.

Em que pese o §1º do art. 543-B não fazer qualquer referência ao competente no tribunal de origem para dar início ao procedimento (o §1º do art. 543-C expressamente faz referência ao presidente do tribunal de origem), como o regime dos arts. 543-B e 543-C na visão deste trabalho é aplicável tão somente aos recursos excepcionais – constatação esta que terá análise mais aprofundada no item 38 *infra* – o competente para início do procedimento será o responsável pelo juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários no respectivo tribunal, tarefa esta delegada pelos tribunais

do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade.” (“Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa”, p. 90-91).

³²⁰ O Ministro SIDNEI BENETI observa que os processos repetitivos, que são relativos a “lides individuais idênticas”, integram na realidade a mesma “macrolide socioeconômica”. Para o Ministro, “é o que se dá nas ações envolvendo entes jurídicos de intensa prática comercial repetitiva, geralmente, no âmbito privado, instrumentalizadas por contratos de adesão e, no âmbito público, pelo relacionamento jurídico decorrente de situações administrativas e tributárias que produzam conseqüências relativamente à pluralidade de sujeitos.” (“Assunção de competência e *fast-track* recursal”, p. 10).

³²¹ O art. 1º da resolução n. 8 se utiliza praticamente dos mesmos termos: “havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, cabará ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal”.

superiores à presidência ou vice-presidência dos tribunais de origem (art. 541 e seguintes do Código de Processo Civil).

Não é só a presidência ou vice-presidência dos tribunais de origem que tem competência para dar início ao procedimento dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, mas também os integrantes dos tribunais superiores. O *caput* do art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza a presidência do tribunal ou ao relator do caso concreto, “protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, (...) de ofício ou a requerimento da parte”, comunicar “o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.”. Apesar do texto do art. 543-B não prever a possibilidade de início do processamento por amostragem por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal – e conseqüentemente nada delegar ao Regimento Interno – deve ser considerado que a presidência e vice-presidência dos tribunais de origem atuam por delegação dos membros da corte suprema, juízes naturais que são dos recursos extraordinários. Logo, não há qualquer irregularidade neste sentido.

A constitucionalidade do referido dispositivo do Regimento Interno é extremamente questionável em duas passagens em especial. A primeira delas com relação à possibilidade da parte requerer (ou seja, dar início) ao procedimento de afetação dos recursos extraordinários repetitivos previsto pelo art. 543-B do Código de Processo Civil. Isto porque este artigo não faculta à parte o requerimento de deflagração do procedimento, mas sim autoriza ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem fazê-lo, em atividade delegada. Ora, se a própria lei não faculta, poderia o Regimento Interno fazê-lo? Estaria o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu regimento, legislando?

Apesar da aparente *inconstitucionalidade*, o fato é que autorizar a parte o mero requerimento de observância do procedimento do art. 543-B não traz qualquer prejuízo aos envolvidos e não altera a essência do procedimento do julgamento por amostragem, até porque a iniciativa, ou melhor dizendo, a decisão que identifica a questão de direito idêntica, seleciona recursos representativos da controvérsia e determina o

sobrestamento dos demais recursos que tratam de matéria idêntica, continuará sendo da presidência ou vice-presidência do tribunal de origem ou da presidência ou relator no Supremo Tribunal Federal, mesmo que não de ofício e sim a pedido da parte. Não há inovação, e conseqüentemente não há inconstitucionalidade.

Com relação ao Superior Tribunal de Justiça há expressa previsão, por meio do §2º do art. 543-C, de que “não adotada a providência descrita no §1º deste artigo [leia-se, o início do procedimento de julgamento por amostragem pelo tribunal de origem], o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.³²²

Vê-se, portanto, que a competência para afetação dos recursos especiais e extraordinário repetitivos para o regime de julgamento por amostragem, selecionando recursos representativos da controvérsia e sobrestando os demais que versem idêntica questão de direito é *inicialmente* do Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais de origem. Caso não tomem a iniciativa, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça podem fazê-lo.

Vale frisar, para encerrar o tópico, que independentemente de quem deflagre o procedimento, é essencial que a decisão de início seja bem fundamentada e identifique de forma pormenorizada a questão de direito idêntica aos inúmeros recursos repetitivos.³²³ Ainda, a utilidade prática do debate a respeito de quem inicia o procedimento

³²² A regra do §2º do art. 543-C *aparentemente* prevê um requisito a mais para que o relator no Superior Tribunal de Justiça dê início ao procedimento de julgamento por amostragem, ao determinar que ele identifique que “sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado”. Não parece haver qualquer sentido em autorizar a presidência ou vice-presidência – frise-se, que atuam por delegação de poder do Superior Tribunal de Justiça– do tribunal de origem iniciar o procedimento tão somente diante da constatação de que há multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito e exigir do ministro relator que, além desta constatação, identifique que há jurisprudência dominante sobre a matéria ou que está já esteja afetada ao colegiado. Os requisitos devem ser o mesmo, independente de quem inicie o procedimento. Basta, portanto, a mera constatação da existência de multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito.

³²³ Narrando a respeito de um precedente no qual “foi afetado para julgamento um único recurso especial que continha todas as teses e não um recurso especial para cada tese separadamente”, tendo sido constatado no julgamento do recurso representativo da controvérsia que nem todas as questões eram passíveis de conhecimento, a Ministra NANCY ANDRIGHI observa que “após essa decisão, tornou-se praxe entre os Ministros da Casa a afetação de um único tema dentro do recurso especial, ainda que existam outras

de julgamento por amostragem será demonstrado no item seguinte, que trata do alcance do sobrestamento dos demais recursos com idêntica questão de direito.

38. Alcance do sobrestamento

Ponto de extrema controvérsia na doutrina diz respeito ao alcance da determinação de sobrestamento dos demais processos que têm por fundamento a idêntica questão de direito afetada pelo procedimento do julgamento por amostragem, nos termos do §1º do art. 543-B e §1º do art. 543-C do Código de Processo Civil.

A crítica inicial diz respeito à utilização pelo legislador, no §1º do art. 543-B, do termo “tribunal de origem”, dando a entender que a técnica não seria aplicável a outros órgãos que não sejam tribunais, mas que possam decidir as causas “em única ou última instância”(CF, art. 102, inc. III) e cuja decisão seja impugnável pela via extraordinária, a exemplo dos juizados especiais cíveis e os juizados especiais federais³²⁴.

É evidente, até pelos objetivos da criação da técnica de julgamento por amostragem, que houve um equívoco do legislador. Não há porque tratar de forma diferenciada os recursos extraordinários advindos dos tribunais de origem dos demais advindos de juizados especiais cíveis e federais ou dos casos em que não há, por determinação legal, duplo grau de jurisdição³²⁵.

controvérsias de massa no âmbito do mesmo recurso, após um exame bastante rígido de admissibilidade desse ponto escolhido.”(“Recursos repetitivos”, p. 268).

³²⁴ A mesma polêmica não atinge o regime do julgamento por amostragem no Superior Tribunal de Justiça. Isto porque apesar do §1º do art. 543-C *também* fazer referência ao “tribunal de origem”, referido termo abrange todas as hipóteses de recurso especial. Logo, não há qualquer equívoco no termo utilizado pela lei.

³²⁵ Essa também é a conclusão de EDUARDO TALAMINI. Para o autor, “há uma impropriedade no emprego da expressão “Tribunal de origem”, no §1º do art. 543-B. Melhor seria que a lei usasse *órgão prolator da decisão recorrida ou órgão a quo*. Afinal, a decisão objeto do recurso extraordinário pode não ter sido emitida por Tribunal: o art. 102, III, da Constituição prevê o cabimento dessa espécie recursal contra decisões de “última ou única instância” de quaisquer órgãos, e não necessariamente de tribunais, diferentemente do que estipula o art. 105, III, em relação ao recurso especial. Nem se diga que a lei refere-se apenas a “Tribunal” porque já haveria regramento específico acerca do julgamento por amostragem para os demais possíveis órgãos *a quo*. O regramento específico antes mencionado – de resto agora incompleto em face do instituto da repercussão geral – aplica-se apenas aos Juizados Especiais Federais. Ficam de fora, ainda, os Juizados Especiais Cíveis (suas turmas recursais) e os juízes de primeiro grau de jurisdição nos casos em que a lei afasta o duplo grau (p. ex., art. 34 da Lei 6.830/1980). E em todos esses casos é cabível o julgamento por amostragem. Seria arbitrária nesse ponto qualquer discriminação fundada na redação imprópria da lei”(Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira..., p. 67-68). Também neste sentido é a posição de ARAKEN DE ASSIS, para quem “esqueceu-se o legislador, inexplicavelmente, do presidente da turma recursal, nos juizados

Já com relação a quais processos devem ser afetados pelo sobrestamento, a interpretação literal de ambos os dispositivos não deixa dúvida. As normas são voltadas aos recursos extraordinários e especiais, exclusivamente, até porque o *caput* do art. 543-B faz referência expressa à repercussão geral (logo o dispositivo só pode tratar dos recursos extraordinários) e o *caput* do art. 543-C trata do recurso especial.

Doutrina e jurisprudência, contudo, tem tentado dar interpretação extensiva ao referido dispositivo, com o intuito de alargar o alcance do sobrestamento. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS defendem que “a compreensão adequada do dispositivo legal autoriza que se afirme abranger, esta regra, o *sobrestamento do andamento de todos os recursos especiais*, quer daqueles que estejam ainda no tribunal de origem, quer daqueles que já tenham sido encaminhados para o STJ. Além disso, a regra possibilita a *suspensão de todos os processos* (ou de determinados atos, nesses processos) que *tenham por objeto controvérsia idêntica àquela que será resolvida pelo STJ*, no recurso selecionado, evitando que, em 1º e 2º graus, sejam realizados atos e proferidas decisões que se revelem incompatíveis, seja no plano jurídico, seja no plano empírico, com a decisão paradigmática do *leading case*.”³²⁶.

Nesta mesma linha prevê o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 328, autoriza o presidente do tribunal ou relator a determinar o sobrestamento de “todas as demais causas com questão idêntica”. Neste ponto específico o artigo é sem dúvida alguma inconstitucional, na medida em que inova na ordem jurídica, já que não há fundamento legal para o alargamento da ordem de sobrestamento para outros processos que não os que estão em fase de recurso extraordinário ou especial.

Não é este o único entendimento que pretende alargar o alcance do sobrestamento dos recursos que tratam de matéria idêntica. ARAKEN DE ASSIS, tratando dos recursos especiais repetitivos, sustenta que, dependendo de quem dê início ao procedimento de julgamento por amostragem (se o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem ou

especiais, e do juiz de primeiro grau, nas hipóteses em que cabível o extraordinário de pronunciamentos daí originados. Nada exclui que causas repetitivas e recursos múltiplos, questionando a mesma matéria constitucional, frutifiquem nessas esferas de competência (...). O critério de “seleção” só pode ser a homogeneidade da questão constitucional controvertida” (*Manual dos recursos*, p. 767)

³²⁶ “Recursos Repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão em 2º grau”, p. 189.

o relator no Superior Tribunal de Justiça), o sobrestamento dos demais recursos terá uma abrangência maior ou menor.

Isto porque o §1º do art. 543-C, que regulamenta a atividade da presidência e vice-presidência do tribunal recorrido, faz referência expressa à suspensão dos demais recursos *especiais* sobre idêntica questão de direito, enquanto que o §2º do mesmo dispositivo autoriza a suspensão pelo relator no Superior Tribunal de Justiça dos demais recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, teoricamente não se limitando o alcance do sobrestamento aos recursos especiais.

A diferenciação criada pela letra da lei seria, assim, intencional. Iniciado o procedimento de julgamento por amostragem pelos competentes no tribunal de origem, o sobrestamento dos demais recursos atingiria tão somente os recursos especiais interpostos, enquanto que, iniciado o incidente pelo relator sorteado no Superior Tribunal de Justiça, seriam suspensos todos os recursos em trâmite que tratem da mesma matéria de direito, incluindo recursos de apelação, agravo, embargos infringentes.³²⁷

Corroborando o entendimento de ARAKEN DE ASSIS, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.743-DF, entendeu, por maioria de votos, que a submissão da questão de direito controvertida ao regime de recursos especiais repetitivos justifica a suspensão dos recursos de apelação que tratem da mesma questão de direito nos tribunais locais, uma vez que, sopesados os princípios da duração razoável do processo, utilizado como fundamento pelo recorrente, e da isonomia e segurança jurídica, utilizados como fundamento de decisão pela corte, prevalecem esses dois últimos, como resultado de uma interpretação teleológico-sistêmica do regime de recursos especiais repetitivos.

³²⁷ ARAKEN DE ASSIS observa que “há uma diferença frisante no tocante ao objeto da suspensão, por ato do relator do STJ, quanto ao caso do art. 543-C, §1º. Este parágrafo abarca, explicitamente, os “demais recursos especiais”, ou seja, os que não foram selecionados para encaminhamento ao STJ; ao invés, o art. 543-C, §2º, permite a suspensão dos “recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”. Em outros termos, a suspensão ordenada pelo relator do STJ abrangerá as apelações, os agravos, os embargos infringentes e os embargos de declaração pendentes de julgamento, e, por identidade de razões, as causas de competência originária dos tribunais, evitando-se desperdício de atividade judicante. Neste aspecto, a suspensão abará, se for este o caso, também os recursos ordinários para o STJ. Em última análise, aqui há um movimento contrário à do julgamento do recurso (...), mas com objetivos similares: atalhar o dissídio intestino e uniformizar, o mais rápido possível, a interpretação da norma de direito federal.” (*Manual dos recursos*, p. 831)

No referido julgamento, o voto vencido da Ministra NANCY ANDRIGHI, que foi acompanhada pelos Ministros JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e ALDIR PASSARINHO e pelas Ministras LAURITA VAZ E ELIANA CALMON, está em consonância com o entendimento aqui defendido, de que a referência expressa a recurso especial pela letra da lei mitiga qualquer possibilidade de interpretação maleável e extensiva em prol do sistema³²⁸. A argumentação, contudo, não foi acatada pela Corte Especial.³²⁹

Os entendimentos supracitados, com a devida vênia, são desprendidos do quanto determinado pelo texto legal e, desta forma, são equivocados. Inicialmente, com a relação à posição sustentada pelo Professor ARAKEN DE ASSIS, não há qualquer sentido em interpretar a lei de forma a limitar o poder do presidente e vice presidente do tribunal de origem, que atuam dotados de poder delegado pelo Superior Tribunal de Justiça, restringindo o sobrestamento por eles determinado aos recursos especiais, se o relator no Superior Tribunal de Justiça – que delegou o poder aos competentes no tribunal de origem – possa determina o sobrestamento de todos os recursos em trâmite. Ou se entende que o sobrestamento atinge todos os recursos, inclusive os em trâmite perante os tribunais locais, ou se entende que os efeitos são limitados aos recursos especiais. A diferenciação com base no órgão que determinou o sobrestamento é, assim, carente de fundamentação.

³²⁸ Nas palavras da Ministra, “a rigor, portanto, alguma razão assiste ao TJDF na crítica acerca dos ‘escrúpulos’ do legislador, pois a origem do problema que se visa a combater tem raízes muito mais profundas; a Lei 11.672/2008 procedeu, de certa forma, um corte seccional arbitrário na realidade do Judiciário como um todo ao centrar foco no recurso especial e desconsiderar as conexões existentes entre esta via e seus antecedentes lógicos. Em tese, portanto, onde a Lei menciona estritamente os ‘recursos especiais’, seria possível sustentar que a redação restritiva tenha se preocupado mais em operacionalizar o sistema com vistas às situações já constituídas e às necessidades imediatas do STJ do que em estipular uma limitação do contexto relativo ao momento de represamento dos recurso. Por outro lado, a interpretação fluída, defensável com base na redação mais genérica do §2º - que a rigor milita em favor do entendimento esposado pelo acórdão – é mitigada pelo fato de que tal parágrafo remete ao anterior, do qual já constava a restrição aos ‘recursos especiais’.”(Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Recurso Especial n. 1.111.743-DF, j. 25.02.10, DJE 21.06.10, rel. originário Min. NANCY ANDRIGHI, rel. para acórdão Min. LUIZ FUX).

³²⁹ “A maioria dos Ministros, contudo, aderiu aos fundamentos do voto-vista proferido pelo Min. Luiz Fux, o qual entendeu que, como regra, a suspensão das apelações deve ocorrer, conforme interpretação literal ou mesmo teleológico-sistêmica do art. 543-C do CPC. Ponderou-se a respeito dos interesses em jogo, porque, depois de julgado o recurso repetitivo, a tese retorna à origem para sua adequação aos recursos sobrestados. Além disso, permitir aos Tribunais *a quo* julgar livremente sem aguardar a decisão do repetitivo acarretaria ao STJ um duplo trabalho. Isto porque o recurso repetitivo é instrumento a serviço da cláusula pétrea da duração razoável do processo, possibilitando, assim, a aplicação do princípio da isonomia”(FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, “Recursos repetitivos”, p. 273).

O sucesso da técnica de julgamento por amostragem nos tribunais superiores e a clara e saudável tendência de se estender tal técnica a todos os tribunais em território nacional (como por exemplo é feito pelo o incidente de resolução de demandas repetitivas projetado pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil), em respeito a todos o princípios tratados no capítulo 2 deste estudo, não pode ofuscar a correta interpretação da norma vigente e dar margem para interpretações maleáveis e extensiva, contrárias ao texto exposto de lei, que de forma alguma prevê o que dela está se tentando interpretar, como o faz o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, o regime estabelecido pelos arts. 543-B e art. 543-C é aplicável somente aos recursos extraordinários e especiais repetitivos, e conseqüentemente o sobrestamento determinado pelo §1º do art. 543-B e §1º do art. 543-C só atinge os recursos extraordinários e especiais³³⁰, além dos agravos de instrumento que tenham por objeto decisão denegatória de seguimentos dos recursos excepcionais.

Vale ainda neste tópico dois últimos esclarecimentos. Por óbvio, além do sobrestamento do processamento dos recursos especiais e extraordinários em fase de juízo de admissibilidade perante os tribunais *a quo*, também é necessário, pela lógica do procedimento por amostragem, sobrestar os demais recursos especiais e extraordinários já distribuídos nos tribunais superiores que tratem de idêntica matéria de direito e ainda não foram julgados, até para que se evite possíveis decisões conflitantes entre as turmas da corte. Não faz qualquer sentido limitar o sobrestamento ao recursos ainda em fase de juízo de admissibilidade, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, até porque, como já demonstrado, a própria corte superior tem competência para deflagar o procedimento.³³¹

³³⁰ EDUARDO TALAMINI tem entendimento semelhante ao aqui exposto. Para o autor, “o sobrestamento é aplicável a *recursos extraordinários* que versam sobre a mesma questão. As regras em discurso não autorizam, p. ex., o sobrestamento de apelações ou processos que tramitam ainda em primeiro grau de jurisdição.”(*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 68).

³³¹ O posicionamento aqui adotado é contrário ao adotado no julgamento do Recurso Especial n. 1.230.053-RJ. A relatora do recurso, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, entendeu que “o artigo 543-C do Código de Processo Civil não previu a necessidade de sobrestamento nesta Corte do julgamento de recursos que tratem de matéria afeta como representativa de controvérsia, mas somente da suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida nos tribunais de segunda instância.”(Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, AgRg no Ag 1230053-RJ, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 18.10.11. DJE 17.11.11, v.u.).

Por fim, nos casos de interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário contra o mesmo acórdão recorrido, tendo em vista a violação tanto a Constituição Federal quanto a lei federal, o sobrestamento de um deles pela existência de questão de direito repetitiva afetada pelo procedimento por amostragem não afetará o regular processamento do outro³³².

A questão do direito intertemporal e a análise dos efeitos da decisão proferida no *leading case* sobre os recursos excepcionais interpostos após o fim do procedimento de julgamento por amostragem serão feitas em item próprio (itens 51 e 49 *infra*, respectivamente).

39. Meios de impugnação da decisão que determina o sobrestamento

Outra questão referente à determinação do sobrestamento dos demais recursos especiais e extraordinários que *supostamente* tratam de idêntica questão de direito diz respeito à possibilidade da suspensão de determinado recurso ser indevida, isto é, do sobrestamento ter sido determinado de forma equivocada por quem deu início ao procedimento por amostragem, no caso da presidência ou vice-presidência do órgão que proferiu a decisão recorrida ou pelo relator do recurso no tribunal superior. Qual seria a forma de controle desta decisão de sobrestamento? Os artigos 543-B e 543-C são silentes.

EDUARDO TALAMINI, analisando o regime do art. 543-B do Código de Processo Civil, em lição inteiramente aplicável aos recursos especiais repetitivos, observa que “podem ser imaginadas ao menos duas hipóteses de sobrestamento indevido: (i) a questão constitucional veiculada no recurso extraordinário da parte é distinta daquela sobre o qual versam os múltiplos recursos que estão ensejando o procedimento de amostragem; (ii) embora o recurso da parte veicule a questão constitucional objeto da amostragem, ele trata também de outras questões constitucionais, inconfundíveis com aquela e relativamente às quais não se justifica o sobrestamento. Em qualquer desses casos, não há dúvidas de que a suspensão indevida do procedimento recursal causa gravame à parte”.³³³ Ou seja, o sobrestamento indevido, como esclarecido pelo autor, pode se dar pelo fato do recurso

³³² “O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.” (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Resp 1143677-RS, rel. Min. LUIZ FUX, j. 02.12.09 DJE 04.02.10, v.u.)

³³³ *Novos aspectos da Jurisdição constitucional brasileira...*, p. 68.

sobrestado não tratar da matéria afetada pelo procedimento de julgamento por amostragem ou ainda por tratar de outras tantas matérias independentes da afetada que não justifique o sobrestamento do processamento como um todo³³⁴.

Apesar do silêncio do Código de Processo Civil, não há dúvida de que ambas as hipóteses supracitadas dão a parte o direito de se insurgir contra o sobrestamento que entenda ser indevido, independentemente da motivação da insurgência. A grande dificuldade da decisão que determina o sobrestamento é o de apurar se o caso concreto se identifica com a questão de direito objeto da amostragem, o que, em última análise, já é um método de verificação da aplicabilidade do precedente ao caso concreto. Como os casos massificados e repetitivos são, na realidade atual, a grande maioria dos processos em tramitação, a importância da adoção de critérios claros de aplicação dos precedentes e a recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento indevido passa ter ainda mais importância, já que em inúmeros casos – após a determinação de sobrestamento para que se aguarde a definição de mérito do processo modelo - o debate não será sequer do mérito da demanda, mas sim se a aplicação do precedente ao caso concreto foi correta.

A grande controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência reside na forma de controle, isto é, na definição de qual seria o meio adequado à disposição do recorrente prejudicado para fazê-lo.

EDUARDO TALAMINI sugere que seja aplicada à hipótese o que foi consagrado pela jurisprudência no tocante à retenção indevida do recurso extraordinário ou especial pela aplicação do §3º do art. 542 do Código de Processo Civil. Sustenta o autor que “nesse caso o Supremo Tribunal Federal já admitiu o emprego da medida cautelar, simples petição, reclamação e agravo de instrumento, além de já haver aplicado o princípio da fungibilidade.”. E conclui, afirmando que “semelhantes soluções são aqui [no caso de

³³⁴ Com relação a este segundo ponto, a resolução n. 8 do STJ determina, no §2º do art. 1º, que “o agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões argüidas no mesmo recurso”. Neste sentido é a opinião de ARAKEN DE ASSIS, para quem “impõe-se alguma ordem de dependência lógica, a fim de que a tese jurídica porventura fixada repercuta positivamente no julgamento da causa. Assim, se há questão relativa à prescrição, cuja resolução tornará inútil o julgamento do restante do mérito, o processo em que ela for decidida ficará imune à suspensão”(Manual dos recursos, p. 824).

sobrestamento indevido pelo regime do art. 543-B] utilizáveis.”³³⁵. Este também o posicionamento de LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI³³⁶.

Há quem defenda, no caso de sobrestamento indevido por decisão do tribunal *a quo*, somente a possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento com base no art. 544 do Código de Processo Civil, como é o caso de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA³³⁷ e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³³⁸ e BRUNO DANTAS³³⁹.

FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA defendem todas as alternativas supracitadas. Para os autores, “nesse caso [hipótese de sobrestamento indevido], o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local está deixando de determinar o seguimento do recurso ou omitindo-se na sua remessa ao tribunal superior, o que acarreta, em última análise, uma usurpação de competência do STF, a permitir o ajuizamento de uma reclamação constitucional. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (que, em tema de recursos, costuma ser aplicado sob a rubrica de fungibilidade), é razoável admitir o agravo (CPC, art. 544) ou, até mesmo, medida cautelar, da mesma forma que sucede com a retenção ordenada indevidamente (CPC, art. 542, §3º).”³⁴⁰, e aplicam o mesmo entendimento para o sobrestamento indevido do recurso especial repetitivo³⁴¹.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em um primeiro momento, que a decisão que determina o sobrestamento do recurso especial e extraordinário repetitivo não tem cunho decisório e portanto não seria recorrível³⁴². Foi a partir da Questão de ordem no Ag. n. 1.154.599³⁴³ que a Corte Especial

³³⁵ *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 69.

³³⁶ “A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”, p. 38. Este também é o entendimento de THEOTONIO NEGRÃO et al.: “da mesma forma que o recorrente pode se insurgir contra a retenção do recurso extraordinário apoiado no art. 542 §3º, ele também pode se voltar contra a decisão que sobresta seu recurso com base no art. 543-B §1º (p. ex., por entender que seu recurso veicula matéria diversa da discutida nos recursos selecionados pelo tribunal local). Para tanto, ele pode lançar mão de pedido de medida cautelar, por meio de simples petição endereçada ao STF, ou de reclamação, que são meios fungíveis” (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 725, nota 3).

³³⁷ *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 106

³³⁸ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 308.

³³⁹ *Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*, p. 320.

³⁴⁰ *Curso de direito processual civil*, p. 337.

³⁴¹ *Curso de direito processual civil*, p. 315.

³⁴² CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 309-310.

daquela corte passou a entender que a decisão que determina o sobrestamento deveria ser controlada via agravo interno para o próprio tribunal *a quo*.

A análise do remédio à disposição da parte para controle do sobrestamento indevido deve passar necessariamente por duas ponderações. A primeira delas é a de que a possibilidade de impugnar referida decisão é penhor de constitucionalidade do procedimento do julgamento por amostragem. Não há que se pensar em causar tamanho prejuízo à parte recorrente (como de fato qualquer das hipóteses de sobrestamento indevido causa) sem que o próprio sistema preveja uma solução atenta ao modelo constitucional do processo civil. Não se pode, em prol de uma técnica que teve resultados concretos extramamente satisfatórios, suprimir garantias constitucionais individuais conquistadas com a evolução do Estado Democrático de Direito. Deve ser sopesado, contudo, que a solução dada pelo sistema não pode inutilizar o procedimento de julgamento por amostragem, pensado para racionalizar o excesso de trabalho a que as cortes superiores são submetidas.

Assim, entender que a decisão que determina o sobrestamento e o faz indevidamente é irrecurável é, obviamente, contrário ao modelo constitucional do processo civil, até porque quando o Código de Processo Civil pretende tornar decisões irrecuráveis ele o faz expressamente, como no caso do *caput* do art. 543-A (decisão que reconhece ou não a existência de repercussão geral), ou ainda do parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil (decisão que converte agravo de instrumento em retido ou concede ou não efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal ao recurso). Logo, não há dúvida da recorribilidade da decisão.

No mais, a jurisprudência majoritária de que o recurso cabível contra a decisão que determina o sobrestamento indevido é o agravo interno para o próprio tribunal de origem padece do mesmo equívoco de outras posições já criticadas por este estudo. O fortalecimento do procedimento de julgamento por amostragem é saudável e deve ser estimulado, mas sem o sacrifício de outras tantas garantias constitucionais conquistadas. Não há qualquer fundamento legal para delegar ao tribunal de origem a análise do encaixe do caso concreto ao recurso paradigma, e o juiz natural para fazê-lo, no regime estabelecido

³⁴³ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, QO no Ag. 1154599-SP, j. 16.02.11, DJE 12.05.11, rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, por maioria de votos.

pelos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, é o STJ ou o STF, conforme o caso. Logo, não se pode sacrificar, numa análise principilógica e no âmago de dar efetividade a qualquer custo ao procedimento de julgamento por amostragem, o direito da parte em ver seu recurso especial ou extraordinário analisado por seu juiz natural sem que haja determinação legal neste sentido.

O correto é, na ausência de uma regulamentação específica pela lei como deveria ter sido feito pelo legislador, adotando-se a posição de EDUARDO TALAMINI e LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI e de certa forma o quanto defendido por FREDIR DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, dar à hipótese o tratamento que é dado a casos análogos no qual já há jurisprudência pacificada, como o da retenção indevida do §3º do art. 542 do Código de Processo Civil, no qual são aceitos pelos tribunais superiores as seguintes formas, principalmente: simples petição dirigida ao tribunal superior, medida cautelar dirigida ao tribunal superior, recurso de agravo de instrumento fundado no art. 544 ou reclamação³⁴⁴.

Por fim, é de se frisar a importância da recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento, até que porque essa será a única oportunidade da parte recorrente, pela coerência defendida por este estudo, que teve seu recurso sobrestado, de diferenciar o seu caso concreto da questão objeto da amostragem. Caso não haja recurso, a matéria estará preclusa. E caso haja recurso, a matéria não poderá ser alegada novamente quando da aplicação da decisão paradigma ao caso concreto.

40. Seleção do recurso representativo da controvérsia

A seleção da demanda modelo, ou, nas palavras utilizadas pelos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, do recurso representativo da controvérsia, que formará, em conjunto com os demais elementos colhidos no decorrer do procedimento do

³⁴⁴ THEOTONIO NEGRÃO et al., *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual em vigor*, p. 717, nota 19a e 19c.. EDUARDO TALAMINI também cita precedentes do Supremo Tribunal Federal aceitando medida cautelar (“AC-QO 1.005, 1ª T., v.u., rel. Min. Pertence, j. 17.11.2005, DJU 09.12.2005”), simples petição (“Pet-QO 3.515, v.u., rel. Min. Percence, j. 27.09.2005, DJU 21.10.2005”), reclamação (“Rel 2.510, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.12.2003, DJU 21.05.2005”) e agravo de instrumento (“AI-AgR 605.687, v.u., rel Min. Peluso, j. 18.12.2007, DJE 29.02.2008”), ressaltando, quanto a esta última hipótese, ter sido a solução por ele pensada quando da análise do tema em seu curso, em co-autoria com LUIZ RODRIGUES WAMBIER e FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 69).

juízo por amostragem, a convicção do tribunal para o proferimento da decisão paradigma a respeito da questão de direito repetitiva é de extrema relevância para o sucesso do procedimento do julgamento por amostragem. O acerto na decisão de escolha do recurso amostra certamente influenciará na qualidade da decisão quadro que será formada ao final de procedimento.³⁴⁵

Como os arts. 543-B e 543-C não estabeleceram critérios objetivos para que o órgão competente para o início do procedimento de julgamento por amostragem selecione o recurso paradigma, apesar de expressamente se preocuparem com que o recurso escolhido de fato represente a controvérsia que será objeto da amostragem, coube de certa forma ao §1º da resolução n. 8 do STJ – no que tange aos recursos especiais repetitivos – traçar algumas diretrizes³⁴⁶. Estabelece referido dispositivo que “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.”. Nesta linha, doutrina e a jurisprudência vem tentando dar parâmetros para a difícil decisão de seleção do recurso amostra.

O ideal é que sejam selecionados tantos recursos quanto possíveis (em outras palavras, que seja selecionado mais de um recurso), sem que o procedimento seja tumultuado ou inviabilizado, e que os recursos selecionados abordem a questão de direito idêntica das mais diversas maneiras, contrariando ou corroborando a tese adotada pelo tribunal de origem³⁴⁷, até porque a identidade da questão de direito não significa que o

³⁴⁵“A atividade de seleção de ‘um ou mais recursos representativos da controvérsia’ (...) exige bastante atenção. É dos autos dos recursos selecionados que se extrairão os elementos para o julgamento paradigmático da controvérsia repetitiva”(LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI, “A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”, p. 35).

³⁴⁶ LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI também considera que “o §1º do art. 1º da Resolução nº 8 do Superior Tribunal de Justiça (...) traz salutares diretrizes para a seleção dos recursos representativos da controvérsia.”(“A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”, p. 36).

³⁴⁷ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, apontando os critérios para a seleção dos recursos representativos da controvérsia, observa que “os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. É importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável ou contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista”(Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário, p. 106). Neste mesmo sentido é a lição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, para quem “o *discrímen* empregado pela norma não leva em conta critérios como a quantidade de litisconsortes, a natureza individual ou coletiva da ação etc. Importa, apenas, que os recursos escolhidos sejam efetivamente *representativos* da controvérsia. Os recursos que serão selecionados e encaminhados ao STJ deverão conter, de modo

recurso especial ou extraordinário e a resposta da parte recorrida tenham a mesma fundamentação jurídica. Ao contrário, provavelmente não terão. A diversidade na fundamentação dos recursos representativos enriquecerá o debate antes da formação do julgado paradigma, que posteriormente será aplicada aos demais recursos sobrestados.

E não é só a fundamentação do recurso especial ou extraordinário em si que deve ser levado em consideração, apesar desta ser a principal peça para análise da questão de direito objeto da amostragem. Também o conteúdo das demais peças e decisões constantes dos autos devem ser cautelosamente analisados para nutrir o máximo possível os tribunais superiores de todas as condições de conhecer a fundo a questão jurídica repetitiva. Neste sentido, EDUARDO TALAMINI faz a ressalva de que “a adequada representação da controvérsia não depende apenas da peça recursal, ainda que esse seja o mais importante elemento. Outros atos do processo serão também muito úteis para tanto (as contra-razões ao recurso, a decisão recorrida, outras petições anteriores...). Então, o órgão *a quo* deverá considerar a qualidade desses vários atos, e não apenas propriamente do recurso extraordinário.”³⁴⁸ E as diversas peças a serem encaminhadas como representantes da controvérsia não necessariamente precisam estar no mesmo processo.³⁴⁹

completo, todos os fundamentos necessários à compreensão integral da questão de direito. Os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. É importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável e contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista” (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 307-308). Vale a lição de ARAKEN DE ASSIS, para quem “se a questão originou julgados discrepantes, convém que a autoridade encarregada da admissão dos recursos especiais escolha espécimes representativos das duas tendências e, dentre eles, os que lhe parecem melhor fundamentados e aptos a ilustrar o valor das teses contrapostas.” (*Manual dos recursos*, p. 830). Por fim, LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI observa que “é preciso fazer chegar aos tribunais de superposição processos com todos os elementos fáticos e jurídicos necessários à ampla e precisa compreensão da questão de direito em debate e do litígio ao qual ela está atrelada.” (“A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”, p. 35).

³⁴⁸ *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 69-70. Neste mesmo sentido é a lição de LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI: “assim, deve-se levar em conta não só a petição do recurso extraordinário e especial, mas também outras peças relevantes do processo, como o acórdão recorrido e as contra-razões ofertadas ao recurso extraordinário ou especial” (“A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”, p. 35).

³⁴⁹ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 70. Completa o autor, na mesma passagem: “Inclusive nada impede – e é até recomendável (ainda que não obrigatório) – que o órgão *a quo*, ao remeter mais de um recurso ao Supremo Tribunal Federal, explique, em ofício de encaminhamento, a razão por que está encaminhando cada um dos recursos.

Na hipótese do procedimento de julgamento por amostragem ter sido deflagrado pelos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça deve também efetuar rígido controle sobre o acerto da seleção do recurso modelo, devendo, caso constatada a insuficiência de elementos para a correta formação da decisão paradigma, determinar a seleção de outros recursos representativos para suprir a deficiência.³⁵⁰

A seleção de uma pluralidade de recursos que representem a controvérsia é também fundamental para que sejam evitados quaisquer problemas relacionados aos requisitos de admissibilidade do recurso modelo, até para se evitar o desperdício do desenvolvimento de todo um procedimento voltado ao julgamento por amostragem sob risco de não conhecimento do recurso selecionado ao final. Neste sentido, justificando o posicionamento aqui sustentado da necessidade de se ter mais de um recurso representativo da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento, de forma correta, que a ausência de outros requisitos de admissibilidade impede o conhecimento do recurso representativo da controvérsia.³⁵¹ E o mesmo entendimento deve valer para os recursos extraordinários repetitivos, obviamente com exceção do requisito de admissibilidade – repercussão geral – que também é objeto da amostragem

Para que não haja prejuízo para os recorrentes e para todas as partes dos recursos sobrestados em decorrência da deflagração do procedimento do julgamento por amostragem, é necessário que o Superior Tribunal de Justiça faça a análise de

³⁵⁰ Neste sentido é o posicionamento de THEOTONIO NEGRÃO *et al.*, “o tribunal *ad quem* deve fiscalizar se os recursos selecionados pelo tribunal *a quo* efetivamente representam a controvérsia. Caso se entenda que a controvérsia não está devidamente representada por tais recursos, o procedimento programado para o julgamento de recursos repetitivos não deve seguir adiante. Nessas circunstâncias, deve o julgador comunicar o tribunal *a quo* para a pronta revogação do sobrestamento dos recursos extraordinários represados na origem ou tomar providências necessárias para a seleção de novos recursos” (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 725, nota 2b).

³⁵¹ “Os julgadores da 2ª Seção [no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530-RS] decidiram, então, que não é possível fixar a orientação prevista no §7º do art. 543-C quando o recurso especial não puder ser conhecido, por mais que esteja clara a natureza repetitiva da questão. Na dicção do Min. Luis Felipe Salomão, somente haverá efeitos externos do acórdão quando a controvérsia – apresentada naquele específico recurso representativo – puder ser solucionada em seu mérito” (FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, “Recursos repetitivos”, p. 268). NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY também fazem semelhante alerta: “nessa seleção, o tribunal *a quo* deverá escolher os RE que demonstrem maior viabilidade de serem conhecidos, porque a fixação da tese jurídica pelo STF é de interesse geral e social, transcende o interesse subjetivo da parte e o tribunal local é imparcial, de modo que não tem interesse em ver prevalecer a tese afirmada por ele no acórdão recorrido” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 982).

admissibilidade do recurso representativo da controvérsia logo que iniciado o procedimento.³⁵²

Vale, para encerrar o item, uma outra ponderação. A parte recorrente não tem direito de ter seu recurso especial ou extraordinário selecionado como recurso representativo da controvérsia por entender que ele tem fundamentados mais completos, o que implica dizer que não há recurso contra a decisão que não selecionou determinado recurso³⁵³. Nas palavras de ARAKEN DE ASSIS, “uma forte dose de subjetivismo, de qualquer sorte, presidirá a seleção dos recursos dignos de encaminhamento ao STJ, porque parece inviável fixar um critério rígido e *a priori*. A própria indicação de que a escolha recaia sobre os recursos com a melhor fundamentação representa conceito aberto. A errônea seleção não tem remédio direto. Resta ao interessado intervir, como *amicus curiae*, no julgamento.”³⁵⁴. A participação do recorrente que teve seu recurso repetitivo sobrestado no procedimento do julgamento por amostragem será tratado no próximo tópico.

41. A participação de terceiros no procedimento de julgamento por amostragem

A formação da decisão padrão, que servirá de paradigma e será aplicada aos demais recursos sobrestados, além de servir de modelo de persuasão para todos os demais casos em trâmite no território nacional, é sem dúvida o elemento mais importante do procedimento de julgamento por amostragem, até porque é o resultado almejado pela

³⁵² Para THEOTONIO NEGRÃO et. al., os recursos representativos da controvérsia “devem reunir todos os requisitos para a sua admissibilidade. Sendo inadmissível o recurso selecionado para julgamento nos moldes do art. 543-B, tal inadmissibilidade pode ser declarada até por decisão monocrática do relator (art. 557-*caput*), sem que se deflagre o complexo procedimento para o julgamento de recursos repetitivos. Nessas condições, deve o julgador comunicar o tribunal *a quo* para a pronta revogação do sobrestamento dos recursos extraordinários represados na origem ou tomar as providências necessárias para a seleção de novos recursos” (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 725, nota 2).

³⁵³ EDUARDO TALAMINI também partilha da mesma opinião. Para o autor, “a parte *não* tem direito de *exigir que seu recurso sirva como amostra*, sob o argumento de que ele está melhor formulado ou fundamentado. A ausência de escolha do seu recurso como amostra não é passível de impugnação. Isso não significa que a parte tenha de ficar com sua sorte atrelada ao resultado do julgamento de um recurso-amostra ruim. Como contrapartida pela negativa de um direito subjetivo da parte à escolha do seu recurso como amostra, cumpre reconhecer-lhe (i) o direito a alguma forma de participação no julgamento do recurso escolhido; (ii) o direito de posteriormente recorrer para demonstrar que em seu recurso a questão envolve argumentos ou fundamentos novos e distintos daqueles apreciados no julgamento por amostragem” (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 69).

³⁵⁴ *Manual dos Recursos*, p. 830.

criação da técnica, e justamente por isso deve ser precedido de todos os cuidados possíveis para atentar ao modelo constitucional do processo civil.

Pela magnitude e abrangência da decisão, que indubitavelmente transcende o interesse subjetivos das partes e atinge a sociedade como um todo, é necessário que haja verdadeiro contraditório coletivo no procedimento, autorizando a participação da sociedade civil no debate como forma de legitimar a decisão paradigma do tribunal superior que, se não tem efeito vinculante propriamente dito – mas deveria ter – exerce fortíssima influência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

Pensando nesta legitimidade e a necessidade de que a decisão paradigma seja proferida em um ambiente de democracia participativa e de respeito ao “contraditório coletivo” ou “contraditório social”³⁵⁵, tanto o §6º do art. 543-A (aplicável nesta parte ao art. 543-B) quanto o §4º do art. 543-C do Código de Processo Civil³⁵⁶ prevêm a possibilidade da intervenção no procedimento de julgamento por amostragem de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, autorizando o relator do recurso a admitir a manifestação de tais órgãos.

Vale, inicialmente, uma ressalva, independentemente de quem seja o terceiro a intervir, com relação ao conteúdo da intervenção.

Isto porque a manifestação do terceiro perante o Supremo Tribunal Federal é mais ampla, na medida em que comporta tanto a existência ou não de repercussão geral quanto o mérito da questão constitucional, enquanto que, no Superior Tribunal de Justiça, a manifestação se limitará à questão de mérito que é objeto da amostragem.

Essa ressalva deve ser feita tendo em vista que a leitura do §6º do art. 543-A, aplicável ao regime de recursos extraordinários repetitivos regulamentando pelo art.

³⁵⁵ Expressões utilizadas por WILLIAM SANTOS FERREIRA em “Súmula vinculante – solução concentrada...”, p. 820-822. Para FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “a permissão de manifestação dos interessados é indispensável para a efetivação das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório” (*Curso de direito processual civil*, p. 340).

³⁵⁶ O inciso I do art. 3º da resolução n. 8 do STJ, que regulamenta o procedimento dos recursos especiais repetitivos, tem previsão semelhante, estipulando ainda o prazo para manifestação dos terceiros com interesse na controvérsia. Estabelece referido dispositivo que o relator “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.”

543-B do Código de Processo Civil, pode dar ensejo à distorcida interpretação de que a intervenção dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal estaria limitada à existência ou não de repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso extraordinário.

Contudo, não há fundamento para tal limitação, que portanto é descabida. Os terceiros – amigos da corte ou recorrentes com recurso sobrestado – podem e devem opinar não somente com relação à repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, mas também na resolução do mérito da questão constitucional objeto dos recursos extraordinários múltiplos. Por óbvio, no Superior Tribunal de Justiça referido imbróglio inexistente, sendo que o *amicus curiae* se pronunciará a respeito da questão de direito objeto da amostragem³⁵⁷.

A análise deste estudo da participação de terceiros no procedimento de julgamento por amostragem será feita pelo critério subjetivo, isto é, serão esmiuçados os limites da intervenção (i) dos recorrentes que tiveram seu recurso sobrestado em prol da técnica; (ii) de entidades aceitas como *amicus curiae*.

Com relação aos recorrentes que tiveram seu recurso sobrestado, deve ser admitida sua manifestação no procedimento do julgamento por amostragem, em respeito ao contraditório e ampla defesa. Isto porque, além da lei não proibir tal manifestação, os terceiros-recorrentes também têm interesse na solução da controvérsia e podem contribuir para enriquecer o debate que deve preceder o julgamento por amostragem³⁵⁸.

³⁵⁷ “É interessante notar, contudo, que o §6º do art. 543-A sugere que a manifestação de terceiro, em relação ao recurso extraordinário, limita-se à “análise da repercussão geral”. O mesmo não ocorre na situação prevista no §4º do art. 543-C, motivo pelo qual a manifestação de terceiros, neste caso, poderá dizer respeito à *integralidade do julgamento a ser realizado pelo STJ* – isto é, tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito dos recursos escolhidos.” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 309). A própria autora admite, entretanto, que a manifestação dos terceiros no procedimento do art. 543-A também trate a respeito da matéria de mérito do recurso extraordinário. (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 309, nota de rodapé 144). E também neste sentido é o entendimento de EDUARDO TALAMINI (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 72).

³⁵⁸ Esse também é o entendimento de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “a previsão contida no §6º do art. 543-A estende-se também ao recorrente que teve o procedimento de seu recurso sobrestado, em razão da subida de recurso extraordinário “com fundamento em idêntica controvérsia” interposto por outra pessoa (cf. art. 543-B, *caput*, do CPC) e poderá manifestar-se, com o intuito de ver reconhecida a repercussão geral. É que, embora o órgão *a quo* deve “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal”, pode aquele que teve seu recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o reconhecimento da relevância da questão,

A atuação dos litigantes individuais, contudo, deve ser limitada às manifestações anteriores ao julgamento e eventualmente sustentações orais, caso tal ato não retarde em demasia o procedimento de julgamento da matéria pelos tribunais superiores. Não deve ser autorizada a interposição de qualquer recurso dentro do procedimento modelo, até porque, caso entendam que há elementos novos que não foram considerados pela decisão paradigma, devem argumentar nas razões de seu recurso que será eventualmente interposto contra a decisão do tribunal de origem que aplicará ou não o precedente do tribunal superior ao seu caso concreto. Não cabe, portanto, qualquer interposição de recurso pelos recorrentes que tiveram seu recurso sobrestado dentro do procedimento modelo.

A questão principal, contudo, parece ser a regulamentação da intervenção de entes representantes da coletividade e da sociedade civil na qualidade de *amici curiae*. A idéia de participação de entes na qualidade de *amicus curiae* é extremamente nobre: enriquecer o debate, trazendo aos julgadores elementos complementares aos já trazidos pelas partes que possam ser relevantes para a análise da questão jurídica objeto da amostragem³⁵⁹, autorizando-se a participação efetiva da sociedade civil na formação de decisão de tamanha importância.

argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos”(*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 304). A autora também defende, nas páginas 308 e 309 da mesma obra o mesmo entendimento para o procedimento de julgamento por amostragem no Superior Tribunal de Justiça.

³⁵⁹ Para CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a transcendência da questão decidida, ainda que as decisões tomadas em regime de repercussão geral não tenham efeito vinculante propriamente dito, por si só exige a presença do *amicus curiae*. Analisando a intervenção deste por conta da repercussão geral, observa o autor que “mesmo que não exista, com relação à “repercussão geral” (pelo menos do ponto de vista constitucional), previsão para adoção de efeitos “vinculantes”, não há como negar que sua própria função no sistema de acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal é fator suficiente para que o maior número de “interessados possa manifestar-se perante aquela Corte em busca da mais adequada definição do que se amolda e daquilo que não se amolda naquela expressão.”. Completa ainda, lembrando que “estamos diante de uma situação em que “os” *interesses* subjacentes ao caso concreto suplantam – e muito – “o” *interesse* que caracteriza o litígio entre dois sujeitos, travestido de “direito”. Não se estará, ao definir o que pode e o que não pode ser entendido como “repercussão geral”, decidindo “só” se um dos litigantes – quem quer que sejam eles – frisamos este ponto – tem razão. Estar-se-á discutindo e *decidindo* quais as condições que, concretamente, devem estar presentes para se alcançar o Supremo Tribunal Federal em quaisquer outros casos similares àqueles. E que deverão, *ainda que não haja propriamente um “efeito vinculante” para aquela específica decisão*, ser observados por todos os demais litigantes, independentemente de quem sejam eles”(*Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*, p. 631).

É necessário, contudo, que se tenha em mente que os *amici curiae* devem, como determinado pela lei, ter algum interesse na questão de direito que será resolvida, entendendo-se aqui por interesse uma espécie de “pertinência temática” entre os fins institucionais do ente que vier a se manifestar e a questão objeto de controvérsia, até para que deles se espere alguma manifestação com conteúdo relevante para a decisão sobre a questão. Caso não tenha, o relator não deve deferir o ingresso da entidade no procedimento na qualidade de *amicus curiae*³⁶⁰.

Da participação do *amicus curiae* surgem algumas das principais controvérsias a respeito do regime da admissão de manifestação dos terceiros no procedimento pos amostragem, em especial com relação à forma e limite da intervenção.

Aos *amici curiae* devem ser autorizadas todas as formas de manifestação que possam de alguma forma prover os julgadores dos elementos a respeito da questão jurídica objeto da amostragem, seja por meio de manifestação escrita ou sustentação oral. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, em obra marcante sobre o tema, defende a possibilidade dos *amici curiae*, além de se manifestarem, participarem ativamente do procedimento, inclusive com a realização de sustentação oral previamente ao julgamento³⁶¹. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, tem sido de certa forma controversa sobre o tema³⁶².

³⁶⁰ Entendendo ter o *amicus curiae* legitimidade para recorrer desta decisão, posição com a qual se concorda, já que ele também tem legitimidade para recorrer da decisão de mérito, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*, p. 575.

³⁶¹ *Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*, p. 577. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no §3º do art. 131, autoriza a realização de sustentação oral pelos *amici curiae* em processos de controle concentrado de constitucionalidade. Estabelece referido dispositivo que “admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento”. Até pelo tendência de objetivação dos recursos excepcionais destacada no item 33 *supra*, parece claro que a regra pode ser aplicada a intervenção do *amicus curiae* também dentro do procedimento de julgamento por amostragem perante os tribunais superiores.

³⁶² Debate a respeito da possibilidade ou não de sustentação oral por terceiros com interesse na controvérsia aconteceu no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530, no qual foi suscitada questão de ordem para dirimir o problema. Naquele procedimento por amostragem, por maioria de votos, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça autorizou a sustentação oral da FEBRABAN e do IDEC.(STJ, 2ª seção, REsp 1.061.530, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22.12.08. DJE 10.03.09). Aparentemente a linha a ser seguida pela corte é a de admissão a sustentação oral, desde que não prejudique o bom andamento do procedimento, sempre com a ressalva de que as manifestações por escrito em regra são suficientes para a formação da convicção do magistrado e que a sustentação oral não tem o condão de alterar tal realidade. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO faz relevante análise sobre o mérito deste debate. Para o autor, “eventuais dificuldades quanto à demora no julgamento, número elevado de *amici* e assuntos que tais devem ser resolvidos caso a caso, levando-se em conta, necessariamente, o padrão de utilidade, de

Assim, não há qualquer sentido em se limitar a atuação dos entes representantes da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae* que tiveram seu recurso sobrestado dentro do procedimento de julgamento por amostragem. Não há prejuízo em se admitir que, além de apresentar manifestação nos autos para formação de convicção dos julgadores, também participem do julgamento entregando memoriais e fazendo sustentação oral. A atuação nestes moldes é saudável para o debate. Só deve ser bem regulamentada e racionalizada em cada caso concreto, para que o número excessivo de *amici curiae* com interesse em se manifestar não interfira no bom andamento do procedimento.

Já a possibilidade de interposição de recurso pelo *amicus curiae* também é tema de extrema controvérsia e não vem sendo aceita pela jurisprudência dos tribunais superiores³⁶³.

Contudo, parece adequado para os fins da técnica de julgamento por amostragem, que tem o intuito de formar uma decisão paradigma de melhor qualidade possível, e para a legitimação da decisão que será resultado do procedimento a autorização para que o *amicus curiae* possa, além de participar para a formação da convicção dos julgadores, interpor recurso caso seja necessário, até porque, por ter interesse institucional na solução da controvérsia, tem legitimidade para tanto³⁶⁴. Por óbvio, a matéria objeto do

benefício, na manifestação do *amicus*. Não, contudo, negando, genericamente, ao *amicus curia* a possibilidade de *participar* do julgamento ao lados das partes visando ao proferimento de melhor decisão que proteja da forma mais adequada possível os interesses e direitos em estado conflituoso”(Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático, p. 577).

³⁶³ A posição de que o *amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer parece ser posição praticamente unânime na jurisprudência dos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal amadureceu tal entendimento nos processos de controle concentrado de constitucionalidade (ver, por todos, ADI n. 2359 ED-AgR, Pleno, rel. Min. EROS GRAU, j. 03.08.09, DJE 28.08.09. v.u.). E o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o mesmo entendimento para os recursos especiais repetitivos (ver, por todos, STJ, 2ª seção, Min. SIDNEI BENETI, EDcl no REsp 1110549-RS, j. 14.04.10. DJE 30.04.10, v.u.).

³⁶⁴ “Assim, não há como negar que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que não acolhe as informações, os elementos, os esclarecimentos e as elucidações que se propõe a oferecer ou, mais amplamente, da decisão proferida sem levar em conta os *interesses institucionais* que justificam seu ingresso e sua atuação em juízo. O que está por trás da atuação do *amicus curiae* em um e em outro caso é, sempre e invariavelmente, a busca de *melhor* decisão – o que animará, por certo, a interposição de qualquer recurso por qualquer pessoa-, que melhor aprecie a matéria trazida para solução, com ânimo de definitividade, perante o Estado-juiz.(CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*, p. 573). O autor defende, em uma análise simplificada, que a atuação do *amicus curiae* tanto na qualidade de terceiro prejudicado quanto de fiscal da lei lhe outorgam legitimidade recursal.

recurso deve ser somente a questão central de mérito da amostragem relacionada ao interesse institucional do ente aceito como *amicus curiae*³⁶⁵.

42. O procedimento e a competência para julgamento dos recursos representativos da controvérsia

Independente de quem inicie o procedimento por amostragem, a lei faculta ao relator do recurso no tribunal superiores solicitar informações das instâncias inferiores. No caso do Supremo Tribunal Federal, o prazo para resposta é de cinco dias (RISTF, art. 328). Já no Superior Tribunal de Justiça a resposta deve ser dada no prazo de quinze dias (CPC, art. 543-B, §3º). Em que pese a evidente faculdade dada ao relator para o pedido de informações, é recomendável que o faça, em especial quando o procedimento tiver sido iniciado pelos tribunais que proferiram a decisão objeto do recurso repetitivo, até para que compreenda a real necessidade da amostragem.

Posteriormente ao recebimento das informações, no procedimento perante o Superior Tribunal de Justiça será aberta vista dos autos ao Ministério Público (CPC, art. 543-C, §5º) para que se manifeste na qualidade de fiscal da lei, pelo prazo de quinze dias³⁶⁶. Também no Supremo Tribunal Federal haverá necessariamente da participação do Ministério Público, por determinação do §1º do art. 103 da Constituição Federal, que prevê a participação do procurador-geral da república em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal³⁶⁷, o que é corroborado pelo art. 325 do Regimento Interno que prevê que “uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária”. Apesar da utilização do termo “se necessária”, pela importância da decisão paradigma que será formada parece essencial que o procurado-geral se manifeste sobre a questão constitucional na qualidade de fiscal da lei.

O §6º do art. 543-C tem disposição semelhante - no tocante à inclusão do processo em pauta após o retorno dos autos do Ministério Público - ao do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determinando que “transcorrido o prazo

³⁶⁵ *Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*, p. 575-576.

³⁶⁶ Previsão semelhante a do inciso II do art. 3º da resolução n. 8, do STJ.

³⁶⁷ Também neste sentido, EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição contitucional brasileira...*, p. 73.

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”³⁶⁸. A inovação aqui diz respeito à importância dada ao julgamento por amostragem pela lei processual, na medida em que dá preferência seu julgamento, com exceção aos processos que envolvam réus presos e *habeas corpus*.

O parágrafo único do art. 4º da resolução n. 8 do STJ estabelece interessante providência anterior ao julgamento, determinando que a Coordenadoria do órgão julgador extraia “cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contra-razões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e de outras peças indicadas pelo Relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão julgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.”. A idéia claramente é que todos tenham amplo conhecimento da controvérsia para o julgamento e poderia, apesar de inexistir previsão neste sentido, ser aplicada ao Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a competência para o julgamento da matéria objeto da amostragem pode ser tanto de uma das seções quanto da corte especial, dependendo da matéria afetada pela técnica. Neste sentido é a previsão do art. 2º da resolução n. 8 do STJ, que determina que o relator, após receber o recurso representativo da controvérsia, deverá submetê-lo ao “julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.”. Já no Supremo Tribunal Federal a apreciação tanto da repercussão geral por amostragem quanto do mérito da questão constitucional objeto da amostragem deve ser feita pelo plenário (CF, art. 102, §3º)³⁶⁹.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado a prática de separar o julgamento do procedimento por amostragem em duas fases. A primeira de solução do caso

³⁶⁸ O art. 4º da resolução n. 8 do STJ também prevê expressamente a preferência de julgamento do recurso representativo da controvérsia sobre os demais, com exceção dos pedidos de *habeas corpus* e os processos que envolvam réu preso.

³⁶⁹ EDUARDO TALAMINI observa que “a Constituição determina que apenas o Plenário do Supremo Tribunal pode decidir pela ausência de repercussão geral de determinada hipótese de questão constitucional, por votos de dois terços de seus membros”. E continua o autor, afirmando que “o posterior julgamento, para que sirva de decisão-quadro, tem de ser realizado pelo plenário”. (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 50; 75).

concreto e a segunda de fixação da tese a respeito da questão idêntica que seu ensejo à amostragem para aplicação aos demais recursos sobrestados. É uma metodologia inteligente e facilita a compreensão do entendimento paradigmático firmado pelo tribunal³⁷⁰.

43. Urgência e sobrestamento.

Outra questão para a qual o texto do Código de Processo Civil, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a resolução n. 8 do Superior Tribunal de Justiça silenciam é a respeito da competência para a concessão de medidas de urgência no período de sobrestamento dos demais recursos que tratam de idêntica questão de direito, tanto com relação ao recurso representativo da controvérsia quanto aos demais recursos sobrestados.

Tais questões, apesar de serem de grande relevância prática, são pouco debatidas na doutrina. Adota-se aqui as soluções sugeridas por EDUARDO TALAMINI³⁷¹, que são técnicas, atentas ao modelo constitucional do processo civil e ao mesmo tempo não inviabilizam a técnica de julgamento por amostragem, apenas com algumas ressalvas referentes ao procedimento de julgamento por amostragem no Superior Tribunal de Justiça.

Qualquer medida de urgência no recurso modelo deverá ser deferida pelo relator sorteado no tribunal superior, decisão que a ser referendada pelo colegiado, nos termos dos incisos IV e V do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³⁷² e incisos V e IV do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Já com relação aos demais recursos sobrestados, a questão é de maior controvérsia e deve ser feita uma diferenciação dos regimes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

³⁷⁰“Ao julgar o REsp 1.061.530/RS, portanto, vivenciamos as primeiras dificuldades procedimentais no julgamento de um recurso que apresentava controvérsias jurídicas reiteradamente julgadas. O primeiro passo adotado, já durante a própria sessão de julgamento, foi estabelecer que: - cada decisão haveria de ser dividida em duas partes, a primeira voltada à solução do recurso especial interposto e a segunda destinada a orientar o julgamento dos inúmeros outros processos pendentes de julgamento em todas as unidades da federação”(NANCY ANDRIGHI, “Recursos Repetitivos”, p. 267).

³⁷¹ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 71-72.

³⁷² EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 71.

Isso porque, com relação ao STF, há expressa determinação do parágrafo único do art. 328 do Regimento Interno de “devolução dos demais [recursos] aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil”, enquanto que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça não há referida determinação. Essa pequena diferença procedimental torna necessária uma ressalva.

Com relação aos recursos sobrestados que se encontram (fisicamente) no juízo no tribunal *a quo*, a aplicação do entendimento já consolidado pelas súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁷³, em combinação com a lógica da técnica de julgamento por amostragem de racionalização do trabalho dos tribunais superiores determina que “a competência para tutela recursal urgente deve ser do órgão *a quo* onde os recursos encontram-se sobrestados”³⁷⁴, o que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, engloba rigorosamente todos os recursos sobrestados, até pela determinação supracitada do parágrafo único do art. 328 do Regimento Interno. Mesmo nos recursos repetitivos nos quais já há juízo de admissibilidade positivo, pela determinação da remessa à origem após o sobrestamento, a lógica do procedimento por amostragem determina que a competência seja dos tribunais *a quo*³⁷⁵.

Referido posicionamento, contudo, deve ser adaptado quando o assunto é o Superior Tribunal de Justiça, justamente pela ausência de previsão de remessa aos tribunais *a quo* dos recursos especiais sobrestados. Isso porque não faria sentido nenhum se

³⁷³ Ambos os tribunais têm o entendimento de que a competência para concessão de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário antes do juízo de admissibilidade é do tribunal *a quo*.

³⁷⁴ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 72.

³⁷⁵ Vale novamente a lição de EDUARDO TALAMINI, para quem “contra tal orientação, poderia esgrimir não apenas com a letra expressa do art. 800, par. ún., mas também com o argumento de que, no procedimento por amostragem, embora o recurso permaneça formalmente no órgão *a quo*, a questão nele versada já está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal precisamente para o fim de se gerar uma decisão que efetivamente *interfira* sobre o juízo que o órgão *a quo* virá a emitir acerca do recurso. Nessa linha, deveria caber a esse a competência para as medidas urgentes. Mas essa tese parece ir contra a finalidade do procedimento da amostragem” *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 72). Admitindo a competência tanto do tribunal de origem quanto dos tribunais superiores para o conhecimento do pedido de medidas de urgência, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 356.

aplicar o mesmo entendimento – de que o tribunal que proferiu a decisão é o competente para analisar pedidos de tutela de urgência – se os recursos especiais estão fisicamente no tribunal superior (como defendido no item 37 *supra*, os recursos especiais repetitivos já distribuídos ao STJ também devem ser sobrestados).

Logo, para os recursos especiais sobrestados que se encontram no Superior Tribunal de Justiça, a competência para análise de pedidos de tutela de urgência é do relator sorteado naquele tribunal, nos termos dos dispositivos já citados do regimento interno.

Vale, por fim, uma última ressalva. O sobrestamento determinado pelos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil suspende o processamento do recurso especial ou extraordinário repetitivo, mas não os efeitos da decisão recorrida, até porque tais recursos não são dotados de efeitos suspensivo por força da aplicação do art. 497 do Código de Processo Civil³⁷⁶. Assim, caso o recorrente pretenda suspender os efeitos da decisão recorrida, dever pedir tutela de urgência para obter tal fim, nos termos defendidos neste tópico.

44. A desistência do processo representativo da controvérsia

A prática da técnica de julgamento por amostragem tem trazido à tona alguns problemas procedimentais, em especial para harmonizar o instituto com as demais regras do Código de Processo Civil anteriores à vigência dos arts. 543-B e 543-C.

³⁷⁶ Este é o entendimento de EDUARDO TALAMINI, para quem “a determinação de sobrestamento dos recursos que versam sobre questão idêntica não implica a sustação dos efeitos da decisão recorrida. Apenas a concessão de uma medida cautelar propiciará esse resultado”(*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 71). Em sentido contrário é o entendimento de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS, para quem “uma vez que a prestação jurisdicional envolve não só a declaração de um direito, mas também a sua efetiva realização, a regra do art. 543-C não apenas obsta o processamento do recurso especial, mas também deve obstar a eficácia da decisão por meio dele impugnada. Isso porque seria inócuo criarem-se meios para que o recurso especial sobrestado tenha o mesmo resultado daquele que foi afetado, se a decisão a que se refere já produziu efeitos, lesivos à parte, muitas vezes de forma irreversível ou de difícil reparação. Trata-se, também, de aplicação imperiosa do princípio da isonomia.”(“Recursos Repetitivos...”, p. 2-3). Com a devida vênia, o anseio de que a técnica por amostragem proporcione isonomia não pode se sobrepor sobre os demais dispositivos do Código de Processos Civil. Logo, não tendo nem o recurso especial tampouco o extraordinário efeito suspensivo, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida não é consequência do sobrestamento dos recursos múltiplos e deve ser pleiteada pela parte interessada.

Novamente aqui vale a ressalva de que qualquer celeuma que envolva a aplicação do instituto e sua efetividade deve ser interpretada e solucionada à luz da efetividade do processo e do interesse coletivo e institucional no sucesso da técnica, sem que se esqueça, contudo, que a amostragem está inserida em um sistema e que o anseio pelo sucesso da técnica não pode justificar toda e qualquer decisão.

Uma das mais relevantes controvérsias para harmonização da técnica com os demais dispositivos do Código de Processo Civil ocorreu em casos práticos nos quais os recorrentes de recursos representativo de determinadas controvérsias, presumidamente no intuito de não ver a matéria afetada pelo incidente apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, desistiu da demanda modelo, nos termos do art. 501 da lei processual, que estabelece que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.”.

A grande dificuldade enfrentada pelo tribunal é a de que, de um lado e na leitura fria do art. 501 do Código de Processo Civil, a desistência é direito da parte recorrente, não havendo qualquer necessidade de justificativa do pedido, nem de concordância da outra parte e tampouco de homologação do juízo. Por outro lado, deferir a desistência ao recorrente depois de afetado o recurso para o procedimento do julgamento por amostragem prejudica e muito a técnica, na medida em que as providências para a afetação já foram tomadas, e novas providências obrigatoriamente terão que ser tomadas, o que obviamente demanda tempo e prejudica todos os demais recorrentes que tiveram seus recursos sobrestados.

Quando do surgimento do problema, em acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nanci Andrigli, relatora do caso, decidiu por adotar solução de certo modo polêmica. Indeferiu o pedido de desistência em prol da coletividade que é inerente ao procedimento, julgando o recurso amostra para definição da tese jurídica objeto da amostragem³⁷⁷, solução, na visão deste estudo, errada e radical. Mas

³⁷⁷ “A disposição legal [CPC, art. 501] revela com clareza e precisão o direito subjetivo de o recorrente desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente, mas, por ser muito anterior, precisa ser adaptada à nova sistemática dos processos repetitivos. Ocorre que o incidente previsto no art. 543-C insere-se em um contexto constitucional duplamente privilegiado, pois visa a garantir a plena realização do direito à razoável duração do processo e, além disso, viabiliza o direito fundamental à isonomia. Como se não bastasse esse fato, a sistemática da coletivização retira o recurso tomado como

é de se compreender os motivos pelos quais ela foi tomada, já que naquele contexto ainda não havia amadurecido na sociedade a importância da técnica da amostragem e, principalmente, não havia a percepção da importância da seleção de variados recursos representativos da controvérsia, prática comum nos dias atuais e que, sem dúvida alguma, por si só resolve o problema da desistência requerida pelo recorrente do recurso amostra.

De qualquer forma, não foram poucas as críticas da doutrina, contrárias ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷⁸. Outros preferiram adotar posição intermediária, apoiando de certa forma a opção tomada pelo Superior Tribunal de Justiça de julgamento da questão jurídica repetitiva independentemente da desistência, mas também criticando a forma adotada para fazê-lo³⁷⁹.

representativo do plano exclusivamente individual, para que sua solução repercuta tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera coletiva, norteando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito. Tendo em vista essas razões, a Corte Especial do STJ, ao julgar a questão de ordem levantada nos REsp 1.058.114/RS e 1.063.343/RS (minha relatoria, julgado em 17.12.2008, maioria), indeferiu o pedido de desistência recursal, considerando que essa prática impede o julgamento da idêntica questão de direito, não se podendo entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional. Essa prática pode ser entendida como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça”(FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, “Recursos repetitivos”, p. 269).

³⁷⁸ Por todos, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, entendem que “dada a natureza jurídica do instituto da desistência do recurso, vale dizer, de negócio jurídico unilateral não receptício, sua eficácia é plena, independe da concordância ou anuência do recorrido e dispensa homologação judicial. Daí por que o recorrente que interpôs RE e/ou REsp pode dele desistir, ainda que tenha sido empregado ao ser recurso excepcional o rito do recurso repetitivo (CPC 543-B e 543-C). Isto porque o caso que será julgado pelo STF e/ou STJ como recurso repetitivo tem, como matéria de fundo, lide individual que encerra discussão sobre direito subjetivo. Eventual má-fé do recorrente, com a quebra do princípio processual da lealdade e o agir com má-fé objetiva ou subjetiva, desde que reconhecida pelo tribunal, pode ensejar a pena de *improbus litigator* prevista no CPC 17 e 18. O que não pode ocorrer é, sob alegação de que o recorrente teria desistido do REsp por má-fé, ignorar-se o ato unilateral não receptício da desistência e, a despeito de inexistir pressuposto de admissibilidade desse REsp pelo só fato da desistência, conhecer-se do recurso.”(*Código de Processo Civil comentado*, p. 985).

³⁷⁹ “Nada impede, a nosso ver, que aquele que interpôs recurso especial desista do recurso, nos termos do art. 501 do CPC. Tal desistência, no entanto, segundo nosso entendimento, somente deverá ser levada em consideração em relação à segunda “fase” do julgamento do recurso selecionado, a que nos referimos acima. Assim, fixada a tese que diz respeito à “questão de direito”, cuja solução poderá ser levada em consideração em relação ao julgamento de diversos outros recursos especiais que ficaram sobrestados, poderá o Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso especial selecionado, em razão da desistência do recurso pelo recorrente”(JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 107). Entendimento semelhante é o de FREDDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, para quem “esse procedimento incidental [de amostragem] é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. (...) Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento

Como já destacado, a seleção de mais de um recurso representativo da controvérsia soluciona a questão da desistência para fins de manutenção do procedimento de julgamento por amostragem, não sendo necessária nenhuma adaptação conceitual como feito pelo Superior Tribunal de Justiça no emblemático caso supracitado.

Num caso hipotético de existir apenas um recurso representativo da controvérsia, se por um lado não há como se indeferir a desistência requerida pelo recorrente sob a argumentação de que há um interesse coletivo no julgamento do incidente, por outro também não há como abdicar do procedimento e de todos os atos já praticados em nome de um único direito subjetivo. Logo, a solução correta seria deferir a desistência para a parte do julgamento voltada às partes, prosseguindo, contudo, com relação à definição das teses jurídicas objeto da amostragem.

45. Os efeitos da decisão paradigma sobre os recursos sobrestados

Os efeitos da decisão quadro sobre os demais recursos sobrestados é matéria extremamente divergente doutrina e jurisprudência. Inúmeros são os debates a respeito dessa fase da utilização da técnica, em especial com relação à vinculatividade da decisão paradigma aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao cabimento de eventual recurso a ser interposto contra a decisão que aplica a decisão quadro ao caso concreto.

Inicialmente, é necessário se ter em mente que, independentemente do resultado do procedimento por amostragem, a aplicação do entendimento firmado pela corte superior aos casos concretos sobrestados deve, por óbvio, ser feito por meio de uma decisão em cada um dos processos³⁸⁰.

Pois bem, o resultado do procedimento de julgamento por amostragem abre as seguintes alternativas aos tribunais *a quo* e conseqüentemente aos recursos sobrestados: (a) inicialmente, só com relação à análise de repercussão geral por amostragem no Supremo Tribunal Federal, negada a existência deste requisito de

recursal, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo de concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação oficial”(*Curso de direito processual civil*, p. 321).

³⁸⁰ EDUARDO TALAMINI faz semelhante alerta para o caso de negativa de existência de repercussão geral, pelo fato da lei utilizar o termo “automaticamente” não admitidos (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 74).

admissibilidade pela corte superior, os demais recursos sobrestados serão automaticamente não conhecidos (CPC, art. 543-B, §2º); (b) com relação ao julgamento de mérito da questão de direito, a decisão paradigma deverá ser aplicada aos demais recursos sobrestados, facultando-se aos tribunais *a quo*, dentro desta perspectiva (b.i) declarar os recursos sobrestados prejudicados caso a tese neles suscitada seja contrária ao entendimento firmado pela corte superior e pela decisão recorrida; (b.ii) se retratar (CPC, art. 543-B, §3º e art. 543-C, §7º, inc. II), hipótese na qual o órgão que proferiu a decisão adéqua seu entendimento ao firmado pela corte superior. Ainda nesta hipótese, caso não se retratem, deverão proceder o juízo de admissibilidade do recurso excepcional outrora sobrestado e remetê-lo à respectiva corte superior, que poderá julgá-lo de forma monocrática, aplicando o entendimento firmado no procedimento de julgamento por amostragem.

Nos próximos tópicos serão analisadas as possibilidades supracitadas

46. Segue: o reconhecimento de inexistência de repercussão geral

Estabelece o §2º do art. 543-B do Código de Processo Civil que “negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

A competência para a declaração de inadmissibilidade dos recursos sobrestados é do órgão que faz o juízo de admissibilidade dos recursos destinados às cortes superiores, mais especificamente a presidência ou vice-presidência do tribunal que prolatou a decisão recorrida.

Parte da doutrina entende que essa hipótese é de efeito vinculante para os órgãos *a quo*, que deverão obrigatoriamente declarar prejudicados – ou seja, não admitidos – os recursos extraordinários sobrestados³⁸¹. Esta, de fato, parece ser a única hipótese de vinculação dos órgãos *a quo* à decisão proferida em procedimento de julgamento por amostragem, até porque a decisão que reconhece ou não a existência de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal é irrecorrível (CPC, art. 543-A), que é o único órgão do Poder Judiciário competente para tanto.

³⁸¹ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 346; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 305-306; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 74.

Já EDUARDO TALAMINI defende que, considerado inadmitido o recurso por meio decisão que se fundamenta na decisão paradigma, ao recorrente deve ser viabilizada a via recursal. Para o autor, “tal decisão será passível de agravo de instrumento (CPC, art. 544), em que o agravante poderá demonstrar, por exemplo, que a questão constitucional versada em seu recurso não se identifica com aquela já julgada pelo Supremo Tribunal no recurso-amostra”³⁸².

A questão que aqui se coloca é a seguinte: o recorrente, quando da determinação de sobrestamento do seu recurso, na linha defendida por este estudo, possuía duas alternativas: ou aceitar a decisão ou interpor de um recurso, com possibilidade de fundamentação tanto na distinção da questão de direito do seu caso concreto da que foi objeto da amostragem, isto é, sustentando que a matéria objeto da amostragem não era a mesma veiculada por seu recurso quanto na existência de outras questões de direito independentes que impediam a afetação do seu recurso pelo regime dos recursos repetitivos.

Em qualquer das hipóteses a interposição de um novo recurso fundamentado na não identificação da matéria veiculado com a objeto da amostragem parece prejudicada, já que caso o recorrente não tenha recorrido do sobrestamento, aceitou passivamente a decisão judicial e a matéria está preclusa; caso tenha recorrido por qualquer uma das forma defendidas no item 39 *supra*, a matéria já foi debatida e decidida (novamente preclusão), não cabendo, portanto, nova possibilidade de questionamento da matéria quando da aplicação do entendimento firmado na decisão quadro ao caso concreto.

47. Segue: a decisão que inadmite o recurso sobrestado pela contrariedade ao entendimento firmado pela corte superior

Estabelece o §3º do art. 543-B que “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados”. A declaração

³⁸² *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 75.

de que o recurso extraordinário está prejudicado diz respeito à sua inadmissibilidade por defender tese contrária à firmada pela corte superior, ou seja, por questão de mérito³⁸³.

No mesmo sentido, o inciso I do §7º do art. 543-C prevê que os recursos sobrestados na origem “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça”.

Neste ponto, assim como no item 45 *supra*, também a competência para a declaração de inadmissibilidade dos recursos sobrestados é do órgão responsável pelo juízo de admissibilidade dos recursos destinados às cortes superiores, mais especificamente a presidência ou vice-presidência do tribunal que prolatou a decisão recorrida.

O procedimento de julgamento por amostragem criou uma hipótese de inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário pela análise do mérito, delegando-se função dos tribunais superiores aos órgãos *a quo* para realizarem referida análise. Por conta disso “o que garantiu e ainda garante a constitucionalidade do juiz de admissibilidade no órgão *a quo* é o cabimento do recurso contra a decisão ali proferida”³⁸⁴. Portanto, caberá recurso pelo recorrente que teve seu recurso sobrestado da decisão que inadmitiu seu recurso especial ou extraordinário por estar em confronto com entendimento dos tribunais superiores.

Pela possibilidade que a lei confere aos órgãos *a quo* de não se retratar, ou seja, de não adequar o seu entendimento ao estabelecido pela decisão paradigma – o que será esmiuçado no próximo tópico – parece nítido que neste caso não há efeito vinculante da decisão tomado no procedimento de julgamento por amostragem³⁸⁵.

48. Segue: o juízo de retratação

Uma das grandes novidades do procedimento de julgamento por amostragem é a hipótese dos órgão *a quo* que proferiram a decisão recorrida se retratarem,

³⁸³ EDUARDO TALAMINI observa que “isso significa negar a subida ao recurso por razões de *mérito*. Trata-se de hipótese similar à prevista no §1º do art. 518 do Código de Processo Civil (na redação dada pela Lei 11.276/2006).” (*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 77).

³⁸⁴ *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 78.

³⁸⁵ No mesmo sentido, EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 78.

para se adequar seu entendimento ao estabelecido pela corte superior³⁸⁶. Apesar de ser uma hipótese muito peculiar de retratação dentro do sistema do Código de Processo Civil, já que posterior ao julgamento do recurso e não à sua interposição³⁸⁷, há entendimento, aqui corroborado, de que a técnica de julgamento por amostragem criou uma nova hipótese de efeito regressivo do recurso, característico dos agravos de instrumento e de algumas hipóteses excepcionais de recurso de apelação³⁸⁸. Há quem entenda, contudo, inexistir um efeito regressivo propriamente dito³⁸⁹.

Assim, o §3º do art. 543-B do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão (...) retratar-se.” Neste mesmo sentido é a leitura conjunta do do §7º, inciso II e §8º do art. 543-C³⁹⁰, já que o primeiro prevê que os recursos sobrestados “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”, e o segundo que “na hipótese prevista no

³⁸⁶ “A retratação prevista no art. 543-B, §3º, destina-se exclusivamente a adequar a decisão do órgão *a quo* à decisão do Supremo Tribunal. Não se estende a outras finalidades”(EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 75).

³⁸⁷ “Os artigos 543-B e 543-C do CPC, assim, também prevêem hipótese peculiar de juízo de retratação, distinta da que nos referimos, nos itens precedentes. Naqueles casos, o juízo de retratação deve ocorrer após a interposição do recurso, *mas antes do seu julgamento*. A retratação que se opera, no caso dos arts. 543-B e 543-C, dá-se após o julgamento dos recursos extraordinário e/ou especial” (JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, p. 109)

³⁸⁸ “A retratação aqui prevista, para se ajustar ao sistema processual civil, merece ser interpretada como sendo o efeito regressivo, ínsito aos agravos em geral”(CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 301). Neste sentido também é o entendimento de FREDIE DIDIER JR e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA: “há ainda uma outra novidade. Reconhecida a existência da repercussão geral, e “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” (art. 543-B, §3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). Note que foi conferido ao recurso extraordinário um efeito regressivo, mas com perfil dogmático um pouco diferente daquele usualmente utilizado na apelação (art. 296 do CPC, por exemplo) ou no agravo de instrumento, que permitem o juízo de retratação logo após a interposição do recurso.”(*Curso de direito processual civil*, p. 340). EDUARDO TALAMINI cita o juízo de retratação e o compara ao mecanismo presente no agravo e em casos excepcionais de apelação, contudo não faz menção a existência de um efeito regressivo.(*Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*, p. 75). Por fim, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER destaca que a hipótese é exceção à regra do art. 463 do CPC (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 306).

³⁸⁹ É o entendimento de FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teoria Geral dos recursos cíveis*, p. 274.

³⁹⁰ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER faz semelhante análise com relação à análise conjunta dos dispositivos.(*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 309).

inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial

A primeira conclusão que se extrai da *possibilidade* de exercício do juízo de retratação pelos órgãos que proferiram a decisão recorrida é a de que a decisão paradigma tomada em procedimento de julgamento por amostragem não é dotada de efeito vinculante propriamente dito³⁹¹.

No exercício do juízo de retratação, surgem duas possibilidades para o órgão *a quo*. A primeira delas é se retratar e adequar seu entendimento ao firmado pela corte superior no procedimento de julgamento por amostragem. A segunda é manter sua decisão, fazendo conseqüentemente o juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário que se encontrava sobrestado³⁹². Por óbvio, o juízo de retratação só pode ser feito por quem proferiu a decisão anterior, ou seja, os órgãos competentes do tribunal que já haviam julgado o recurso. Assim, finalizado o procedimento de julgamento por amostragem, os autos dos recursos sobrestados deverão ser remetidos às turmas julgadoras para que exerçam o juízo de retratação³⁹³.

Uma outra controvérsia diz respeito à análise de admissibilidade dos recursos que haviam sido sobrestados antes da realização do juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*. Definida a decisão paradigma aplicável a todos os casos sobrestados, é necessária a realização do juízo de admissibilidade nos casos em que referida atividade ainda não tenha sido feita ou a técnica permite a aplicação do precedente diretamente?

A questão é relevante na medida em que recursos inadmissíveis (obviamente por outro requisito que não a repercussão geral) podem ser agraciados com uma decisão favorável, tendo em vista o sobrestamento que lhe atingiu. EDUARDO TALIMINI

³⁹¹ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 80.

³⁹² LUIZ GUILHERME MARINONI, em sentido contrário, defende que “a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante do *distinguishing* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial” (*Precedentes obrigatórios*, p. 501).

³⁹³ No mesmo sentido é o entendimento de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, para quem “a competência para manter a decisão ou retratar-se, modificando-a, é do órgão colegiado, no tribunal de origem, que proferiu o acórdão impugnado” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 983). Também neste sentido EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 76).

entende ser necessário o juízo de admissibilidade antes do juízo de retratação³⁹⁴. Já TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER acredita que recursos inadmissíveis podem ser beneficiados caso haja juízo de retratação³⁹⁵. Ao que parece, contudo, anteriormente ao juízo de retratação deve ser feito o juízo dos demais requisitos de admissibilidade do recurso outrora sobrestado. Constatada a admissibilidade, aí sim passa-se à retratação.

Antes da análise das hipóteses específicas, é de se ressaltar que o espírito da técnica de julgamento por amostragem, antes de mais nada, é o de racionalizar o trabalho das cortes superiores e adaptar a prestação da tutela jurisdicional ao modelo constitucional do processo civil, principalmente pela uniformização da jurisprudência dos tribunais. Logo, apesar da decisão proferida no procedimento de julgamento por amostragem *ainda* não ter efeito vinculante propriamente dito (essa será uma das propostas legislativas feitas na conclusão deste trabalho), convém que os tribunais que tenham proferido a decisão recorrida tenham a consciência de que a recalcitrância em não adequar o entendimento ao firmado pela corte superior só é prejudicial ao sistema e, caso o façam, que fundamentem pormenorizadamente o motivo pelo qual a decisão recorrida foi mantida³⁹⁶.

Pois bem, o tribunal que proferiu a decisão recorrida tem a possibilidade, terminado o procedimento de julgamento por amostragem, de adequar seu entendimento ao da corte superior, retratando-se. À parte prejudicada (anteriormente recorrida) é aberta a via recursal, por meio da interposição dos recursos previstos no Código de Processo Civil,

³⁹⁴ *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*, p. 76.

³⁹⁵ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 310.

³⁹⁶ FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA observam que “não obstante a previsão legal (...) os tribunais de segunda instância estão mantendo seus acórdãos, *não* exercendo a retratação para seguri a orientação do STJ, o que tem tornado inefetiva a técnica de julgamento de recursos repetitivos. Com efeito, sem demonstrar qualquer diferença entre o caso concreto e a hipótese apreciada pelo STJ, os tribunais têm mantido seus acórdãos, acarretando a remessa de uma grande quantidade de recursos especiais para o STJ. (...) Tal situação acarretou a reação do Superior Tribunal de Justiça. Em Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.148.726/RS, 1.146.696/RS, 1.153.937/RS, 1.154.288/RS, 1.155.480 e 1.158.872/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, a Corte Especial do STJ determinou o retorno dos autos aos tribunais sde origem para que, considerando a *ratio decidendi* do recurso representativo da controvérsia, reconsiderem seus acórdãos ou, caso resolvam mantê-los, enfrentem o caso concreto, mediante as técnicas do *distinguishing* e *overruling*. Não se deve admitir, segundo entente o STJ, que o tribunal de origem simplesmente proceda a uma confirmação automática de uma tese já rejeitada pela Corte Superior em recurso especial julgado pela técnica do art. 543-C, sendo necessária uma nova apreciação fundamentada da matéria, até mesmo em razão do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que exige sejam fundamentadas todas as decisões judiciais” (*Curso de direito processual civil*, p. 340-341).

como por exemplo embargos de declaração, embargos infringentes (se for o caso) e eventual recurso especial ou/e recurso extraordinário³⁹⁷.

Caso não haja retratação e o tribunal que proferiu a decisão recorrida a mantenha da forma como lançada, deverá a presidência ou vice-presidência fazer o juízo de admissibilidade do recurso, remetendo-o à corte superior para análise.

Obviamente nos tribunais superiores ao recurso que está em perfeita consonância com o entendimento firmado pelo procedimento de julgamento por amostragem será dado provimento de forma monocrática. Especificamente com relação ao Supremo Tribunal Federal, o §4º do art. 543-B estabelece que “mantida a decisão [recorrida] e admitido o recurso [anteriormente sobrestado], poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”. De qualquer forma para ambos os tribunais superiores é aplicável, no caso, a disposição do §1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, que prevê que “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

49. Os efeitos da decisão paradigma sobre os demais processos não sobrestados e sobre as crises de direito material não judicializadas

Como já ressaltado nos itens acima, a decisão paradigma tomada pela corte superior por meio do procedimento de julgamento por amostragem não tem eficácia vinculante propriamente dita que obrigue sua aplicação aos demais casos sobrestados, com exceção da decisão que reconhece a inexistência de repercussão geral e determina a não admissão dos demais recursos fundados em idêntica controvérsia.

Há que se destacar, além dos efeitos da decisão quadro sobre os casos sobrestados, os efeitos que a formação do relevante precedente gera nos demais casos em tramitação no Poder Judiciário – não sobrestados – e sobre as crises sociais a respeito da

³⁹⁷ NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY sustentam que “o novo acórdão, consequência da retratação do tribunal de origem, pode ser impugnado, em tese, por EDcl ou por novo RE, caso estejam presentes os pressupostos constitucionais. A reclamação poderá, em tese, ser admissível, caso o entendimento do STF no RE não tenha sido corretamente aplicado, aos RE até então sobrestados”(Código de Processo Civil comentado, p. 983).

mesma questão jurídica que ainda não foram judicializadas, até pela função que exercem os tribunais superiores dentro do ordenamento³⁹⁸ e a sensação de confiança sentida pela sociedade.

Com relação aos demais casos em tramitação perante o Poder Judiciário, a formação do paradigma, apesar de não ter efeito vinculante, tem grande força persuasiva, dando ensejo a aplicação de algumas técnicas previstas pelo Código de Processo Civil para valorização da jurisprudência, como por exemplo o art. 285-A e 557 do Código de Processo Civil.

Ainda, apesar do inexistente efeito vinculante, é claro que os demais integrantes do Poder Judiciário devem sempre levar em consideração o teor da decisão paradigma e na medida do possível aplicá-la e, caso não o façam, fundamentem de forma pormenorizada os motivos pelo qual não foi aplicada a caso concreto. Essa prática demonstra a consciência de que são integrantes de um sistema hierarquizado e, portanto, não podem fazer valer convicções pessoais em detrimento de um posicionamento amadurecido, consolidado e estabelecido por meio do procedimento por amostragem.

Além dos efeitos persuasivos sobre os demais casos e a possibilidade de utilização de técnicas processuais que valorizam os precedentes judiciais, a decisão paradigma tomada em procedimento de julgamento por amostragem também tem efeitos inibitórios da litigância social, na medida em que desestimulam os cidadãos a judicializar os conflitos que, por conta do posicionamento da jurisprudência dominante contrários à tese que pretende sustentar, provavelmente estará fadado ao insucesso³⁹⁹.

Logo, não há dúvida de que, apesar da decisão quadro não ter os mesmos efeitos da súmula vinculante – o grau máximo de vinculação – gera efeitos semelhantes no corpo social, sendo importante medida de apoio para o desabarrotamento do Poder Judiciário.

³⁹⁸ “É possível dizer, apropriando-se do pensamento de André Tunc, que a moderna função dos tribunais supremos há de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à “unidade do Direito”, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais” (OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A função dos tribunais superiores”, p. 299).

³⁹⁹ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO faz semelhante análise com relação à súmula vinculante. Para o autor, esta “acaba, também, projetando um efeito inibitório na deflagração de ações judiciais”. (*Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 358).

50. Modulação dos efeitos da decisão paradigma

A técnica de modulação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de norma é prevista pelo art. 27 da lei n. 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Dispõe referido artigo que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. A previsão no mesmo sentido no art. 11 da lei n. 9.882/99, que trata da ação de descumprimento de preceito fundamental⁴⁰⁰.

O sentido da existência da modulação é justamente a natureza declaratória da decisão que declara determinada norma inconstitucional, e conseqüentemente seus efeitos sejam *ex tunc*⁴⁰¹. A idéia da técnica é preservar a segurança jurídica e os atos praticados pelos particulares na vigência da norma, isto é, no período no qual não havia sido declarada inconstitucional.

Como destaca EDUARDO TALAMINI, o Supremo pode exercer de várias maneiras a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: (a) fixando marcos temporais: (a.1) pretéritos mas posteriores ao início da inconstitucionalidade; (a.2) coincidentes com o trânsito em julgado; ou ainda, (a.3) posteriores ao trânsito em julgado; (b) excluindo dos efeitos da decisão certas situações específicas (“...restringir os efeitos...” da decisão, diz o art. 27 da Lei 9.868/1999); ou, por fim, (c) apenas ressaltando determinadas diretrizes que precisarão depois ser consideradas em concreto”⁴⁰².

⁴⁰⁰ EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 198-199.

⁴⁰¹ TEORI ALBINO ZAVASCKI faz interessante ponderação a respeito do tema, para o autor, “essa doutrina, que afirma a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece, não fica, de modo algum, comprometida com a regra constante do art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999 (...). Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, bem está assumindo a função de “legislador positivo”, criando uma norma – que, se fosse o caso, deveria ter hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz”(Processo coletivo. Tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 250-251).

⁴⁰² EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 204.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado tem sido bem aceita pela doutrina, que tem majoritariamente se posicionado de forma favorável aos dispositivos legais supracitados⁴⁰³.

A controvérsia que coloca diante da noticiada tese de objetivação dos recursos excepcionais é a seguinte: pode o Supremo Tribunal Federal se utilizar da mesma técnica de modulação dos efeitos da decisão quando da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, em especial na hipótese de julgamento de recurso representativo da controvérsia no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil? Pode ainda referida técnica ser estendida ao Superior Tribunal de Justiça para os casos de alteração de jurisprudência dominante, em casos “comuns” ou por meio do julgamento de recursos especiais repetitivos previsto pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, que também é de certa forma resultado da objetivação dos recursos excepcionais, em especial ?

A primeira questão é de certa forma menos controversa. Doutrina e jurisprudência⁴⁰⁴ vem se manifestando de forma favorável à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso e incidental, em especial pela necessária preservação da segurança jurídica do ordenamento. Como consequência, há possibilidade de modulação dos efeitos da decisão paradigma em regime de julgamento por amostragem⁴⁰⁵.

⁴⁰³ É o que destaca EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 199.

⁴⁰⁴ EDUARDO TALAMINI cita os julgamentos do recurso extraordinário n. 353.657, “no qual reconheceu-se que está assente no STF a possibilidade de modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade em via incidental” e o julgamento do recurso extraordinário 197.917, sendo este verdadeiro “*leading case* a respeito do tema”(Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira..., p. 210). O próprio EDUARDO TALAMINI observa que “os efeitos da modulação no controle incidental têm exatamente a mesma abrangência que a própria decisão presta-se a ter. Isso significa que a modulação, tanto quanto a decisão como um todo na Cia incidental, pode servir para (i) aplicação ao caso concreto (...); (ii) pautar a resolução do Senado destinada a “suspender a eficácia” do dispositivo normativo declarado inconstitucional (CF, art. 52, X) (...); (iii) exercer uma força persuasiva sobre os demais órgãos judiciários. Funciona como um importante argumento de autoridade, em princípio deve rá ser seguido pelos demais juízes e tribunais, não porque sua observância seja juridicamente obrigatória, mas por sua especial idoneidade (...); (iv) exercer vinculação “média” (...), ou seja, poderá dar respaldo à aplicação de regras como a do art. 557, *caput* e §1º-A”(Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira..., p. 204).

⁴⁰⁵ “Exatamente pór essas mesmas razões e para os mesmos fins é concebível o emprego da técnica da modulação em decisão-quadro proferida em julgamento por amostragem” EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, (EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 204).

Um pouco mais complexa, contudo, é questão da aplicação da técnica da modulação ao Superior Tribunal de Justiça. Não há qualquer previsão legal para tanto, o que poderia levar à interpretação de que a modulação dos efeitos não seria possível e haveria verdade invasão na atividade legislativa⁴⁰⁶.

Contudo, a necessária previsibilidade e confiabilidade da jurisprudência dominante dos tribunais superiores e os efeitos prospectivos das decisões da corte superior, que se destacam ainda mais na utilização da técnica de julgamento por amostragem, tem o condão de autorizar a utilização da modulação dos efeitos da decisão para o Superior Tribunal de Justiça, especialmente em casos de alteração de interpretações jurisprudenciais outrora pacificadas.

Na visão de LUIZ GUILHERME MARINONI, “pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/1999 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. A limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos

⁴⁰⁶ Esse é, inclusive, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. LUIZ GUILHERME MARINONI (“Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores”, p. 9-11).destaca que no voto-vista do Ministro TEORI ZAVASCKI, em julgamento realizado pela 1ª seção do STJ (EDiv no REsp 738.689) restou consignado “que a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizada, é apenas a que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade de norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não todos)”. Destaca ainda MARINONI que “a maioria dos membros da 1.ª Seção aderiu à posição do Min. Teori”, tendo restado consignado na ementa do acórdão o seguinte: “Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”.

da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.”⁴⁰⁷.

A posição de MARINONI, sem dúvida, parece a mais correta. A motivação da criação da técnica de modulação dos efeitos da decisão não é a declaração de inconstitucionalidade em si – apesar da lei fazer referência expressa ao caso - mas sim a tutela da segurança jurídica, em sua faceta da confiabilidade dos particulares na jurisprudência, até porque, como já ressaltado no item 26 *supra*, a formação de jurisprudência dominante, principalmente pelos tribunais superiores, também acaba por pautar as condutas sociais dos cidadãos. Logo, a alteração brusca de entendimento deve ser precedida de todos os cuidados para que os jurisdicionados, que em exercício de sua boa-fé observaram o entendimento pacífico das cortes superiores, não sejam prejudicados.

Assim, ao Superior Tribunal de Justiça deve ser possibilitado, nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante e pacífica, em especial no procedimento de julgamento por amostragem em que há expressa transcendência dos efeitos da decisão paradigma, a modulação dos efeitos de sua própria decisão em prol da segurança jurídica do ordenamento, sempre quando necessário para a proteção dos jurisdicionados que confiaram nos paradigmas anteriormente fixados por esta mesma corte superior⁴⁰⁸. A irretroatividade do entendimento bruscamente alterado é essencial para a segurança jurídica do ordenamento, estando a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera entendimento pacífico da corte em consonância com os fundamentos da técnica de julgamento por amostragem⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores”, p. 11.

⁴⁰⁸ Essa é a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, para quem “nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência via a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), cria uma situação *não desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de razoabilidade, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica” (“Irretroatividade e jurisprudência judicial”, p. 27).

⁴⁰⁹ NELSON NERY JÚNIOR destaca que “os requisitos para que os tribunais superiores possam assim agir são as razões de a) segurança jurídica; b) a boa-fé do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) e do administrado/contribuinte/jurisdicionado, que agiu de acordo com o que estava prescrito na lei até então vigente ou na jurisprudência até então dominante e não pode ser apenado com solução detrimetosa que atinja sua esfera jurídica, bem como c) irretroatividade do direito que não pode atingir situações consolidadas, oriundas de prática de atos conforme o sistema anterior (legal ou jurisprudencial) até então hígico e sem mácula” (“Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior” p. 102).

51. Direito intertemporal

A inserção no ordenamento jurídico da lei n. 11.418/2006, que inseriu o art. 543-B no Código de Processo Civil, gerou certa dúvida e receio da comunidade jurídica a respeito da possível aplicabilidade do regime criado pela lei aos recursos extraordinários já interpostos quando do início de vigência da lei.

O art. 4º da lei n. 11.418/2006 estabelecia que a lei o regime criado seria aplicado “aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência”⁴¹⁰. Trazendo a discussão para o tema do estudo, até se entende que o §3º do art. 543-B, que prevê um método de processamento para a análise de um requisito de admissibilidade (repercussão geral) do recurso extraordinário que, anteriormente à sua entrada em vigência, inexistia e, portanto, jamais poderia ser exigido – e se o fizesse seria inconstitucional – não poderia ser aplicado aos recursos interpostos anteriormente à sua vigência pela aplicação da máxima do *tempus regit actum*, de que os atos e fatos devem ser regidos pelas leis vigentes ao tempo em que ocorreram⁴¹¹.

Contudo, não se vê nenhum prejuízo aos recorrentes que interpuseram os recursos extraordinários repetitivos antes do início da vigência da lei supracitada na aplicação da técnica de julgamento por amostragem, regida pelos demais parágrafos do mesmo art. 543-B e que são meras regras de processamento do recurso. Aliás, pelo contrário. O julgamento em bloco permitirá ao recorrente ter todos os benefícios da aplicação da técnica já ressaltados ao longo do presente trabalho⁴¹².

Corroborando a tese aqui sustentada, a lei n. 11.672/2008, que inseriu no Código de Processo Civil o art. 543-C, estabeleceu em seu art. 2º que o regime criado para

⁴¹⁰ Vale a ressalva de que a lei só entrou efetivamente em vigência “apenas com o início da vigência da Emenda Regimental 21, em 3 de maio de 2007”, que regulamentou o modo de análise do pressuposto da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. (EDUARDO TALAMINI, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 82).

⁴¹¹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 412.

⁴¹² EDUARDO TALAMINI tem o mesmo entendimento. Para o autor, “as regras estritamente relativas ao julgamento por amostragem (art. 543-B, excetuando o seu §3º, que alude à repercussão geral), uma vez que não se referem aos pressupostos do recurso, mas ao procedimento recursal, podem, desde a regulamentação regimental, ser aplicadas indistintamente a todos os recursos ainda não julgados, inclusive os interpostos antes da vigência da lei”, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 84).

os recursos especiais repetitivos era aplicável “aos recursos já interpostos por ocasião da sua entrada em vigor”, ou seja, já interpostos e que ainda não haviam sido julgados, obviamente. Não há qualquer inconstitucionalidade na referida disposição já que, como já esclarecido no item 30 *supra*, a amostragem é técnica de processamento dos recursos excepcionais.

§11. A técnica de julgamento por amostragem e o Projeto de Novo Código de Processo Civil⁴¹³

52. Aspectos gerais sobre o projeto

Não há como, no atual momento do processo civil brasileiro, se estudar qualquer instituto sem que se faça alguma referência ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, obra de uma comissão de ilustres juristas⁴¹⁴ que já tramitou no Senado Federal e, até o encerramento deste estudo, aguardava votação na Câmara dos Deputados. Qualquer estudo que tenha por objetivo analisar as técnicas voltadas aos processos repetitivos está fadado ao insucesso se não analisar as novas e importantes tendências que se fortaleceram com o projeto. E justamente por isso se decidiu analisar a amostragem no Projeto.

Antes de se adentrar ao tema específico, a primeira reflexão que naturalmente vem à mente do jurista, em linhas gerais, diz respeito à real necessidade de se elaborar um novo código. Não seria suficiente, para os fins almejados pela Comissão de juristas, adaptações pontuais ao Código vigente, que é reconhecidamente de uma técnica perfeita?

A resposta é não. O Código vigente, sem dúvida alguma, já cumpriu sua função dentro do ordenamento jurídico e, com as inúmeras alterações que sofreu ao longo dos anos, deixou de ser um sistema coeso. Era necessário, portanto, um novo diploma que não representasse uma ruptura com o passado, mas sim uma evolução, interpretando as

⁴¹³ O texto aqui utilizado como referência é o Projeto 166/2010, que tramitou no Senado Federal e está para ser votado na Câmara dos Deputados.

⁴¹⁴ A comissão que elaborou o projeto inicial era composta pelo Ministro LUIZ FUX (presidente), TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (relatora), ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO, BRUNO DANTAS, ELPÍDIO DONIZETTI NUNES, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, JANSEN FIALHO DE ALMEIDA, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO.

falhas existentes e sugerindo soluções adequadas para a realidade da sociedade. E foi justamente é justamente isso que o projeto representa⁴¹⁵.

Nos próximos itens será analisado o tratamento dado à técnica de julgamento por amostragem pelo projeto, em especial o seu fortalecimento e sua expansão aos tribunais estaduais e tribunais regionais federais.

53. O fortalecimento da adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição

Como demonstrado ao longo do presente estudo, o tema da litigiosidade em massa e a conseqüente necessidade do desenvolvimento de técnicas processuais adaptadas ao fenômeno da repetição para a efetiva prestação da tutela jurisdicional para os casos repetitivos é extremamente atual e influenciou fortemente a Comissão elaboradora do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

ARRUDA ALVIM observa que “outro grande desafio a ser enfrentado pelo PLS 166/2010 é o problema da justiça de massa. Não é possível exigir do magistrado um trabalho de artesão para enfrentar a enormidade de ações repetitivas, com objetos semelhantes ou praticamente idênticos.”⁴¹⁶

Como foi destacado ao longo deste estudo, o grande desafio do legislador tem sido o de adaptação das técnicas processuais à sociedade de massa e ao fenômeno da repetição daí decorrente, que tem sido o grande responsável pelo excesso de trabalho no Poder Judiciário.

Atenta a todas as variáveis exploradas ao longo do presente estudo, a Comissão, além de optar por manter algumas das técnicas voltadas à adequada tutela dos processos repetitivos presentes no Código de Processo Civil vigente e aperfeiçoá-las, também decidiu por inovar e criar o instituto, que já vem sendo amplamente estudado

⁴¹⁵ ARRUDA ALVIM observa que “a filosofia do PLS 166/2010, em linhas gerais, é a seguinte: não se pretendeu fazer uma mudança radical ou brusca. Até porque as mudanças radicais em direito geralmente não se justificam, e, se feitas, não geram resultados satisfatórios. Procurou-se manter o que seria aproveitável do Código vigente, e incorporar novidades tendo em vista uma resposta mais atual aos problemas que afligem os operadores do direito” (*Manual de direito processual civil*, p. 101).

⁴¹⁶ *Manual de direito processual civil*, p. 109.

mesmo antes do início da conversão do projeto em lei, denominado incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, além da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (Projeto, arts. 990 a 995) que é, sem dúvida alguma, uma das grandes inovações trazidas pelo Projeto de novo Código de Processo Civil, foi também mantido o regime dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (Projeto, arts. 930 a 941), consolidando, com pequenas alterações, o que havia sido adotado desde o início da vigência dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil e o julgamento de improcedência liminar (Projeto, art. 307).

Nota-se, portanto, que o Projeto de Novo Código de Processo Civil responde, no que tange ao adequado tratamento das demandas de massa, o anseio social, na medida em que tenta dar tratamento mais claro às técnicas que já desenvolvem importante função na realidade do Código vigente, além de ter buscado alternativas técnicas para o problema excesso de trabalho nos tribunais locais, problema que de certa forma é negligenciado pelo Código vigente.

54. O incidente de resolução de demandas repetitivas

Como já ressaltado, o Projeto de Novo Código de Processo Civil, pautado nas experiências positivas obtidas pelos Tribunais Superiores com relação aos recursos especiais e extraordinários repetitivos e em instituto que exerce semelhante função no direito alemão, criou uma nova figura para solução de questões de direito comuns a vários processos repetitivos no âmbito dos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Nas palavras de ARRUDA ALVIM, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser classificada como “a grande novidade do projeto de Novo Código de Processo Civil.”⁴¹⁷.

Trata-se da utilização da técnica de julgamento por amostragem pelos tribunais estaduais e tribunais regionais federais, em regime muito semelhante ao já utilizado atualmente pelos tribunais superiores e com os exatos objetivos de observância pelo Poder Judiciário das garantias constitucionais da duração razoável do processo, da

⁴¹⁷ *Manual de direito processual civil*, p. 109.

segurança jurídica do ordenamento e da isonomia entre os litigantes⁴¹⁸. Portanto, ao incidente de resolução de demandas repetitivas se aplica, em linhas gerais, todas as bases teóricas e fundamentos constitucionais defendidos no presente estudo, com exceção as peculiaridades teóricas voltadas exclusivamente à função das cortes superiores dentro do ordenamento jurídico.

Pois bem, o objeto do incidente é definido pelo artigo 930 do Projeto, dispositivo que prevê ser “admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”.

Nota-se a exigência de dois requisitos para a instauração e posterior admissibilidade do incidente: controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e o temor da insegurança jurídica por conta de decisões conflitantes a respeito do mesmo tema⁴¹⁹.

Assim como a técnica de julgamento por amostragem voltada aos tribunais superiores, o que impulsionou o Projeto a tentar instituir no ordenamento jurídico a figura do incidente é a tentativa de dar estabilidade e uniformizar a jurisprudência também em segundo grau de jurisdição, além de dar maior celeridade à atividade judicante como um todo, uma vez que a adoção da técnica que cria um procedimento para a formação de uma decisão paradigma que decida questões de direito que se repetem em inúmeros

⁴¹⁸ARRUDA ALVIM faz comparação semelhante. Para o Professor, “é um sistema que se aproxima do tratamento já existente, destinado aos recursos com fundamento em idêntica questão de direito (“recursos repetitivos”) perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, §1º a 9º, do CPC), mas transportado para os órgãos de segundo grau de jurisdição”. E continua, observando que “o que fez o Projeto foi estabelecer, para as demandas repetitivas, uma disciplina análoga àquela referente aos procedimentos da repercussão geral nos recursos extraordinários e do julgamento de “recursos repetitivos” no Superior Tribunal de Justiça. Solucionam-se, a um só tempo, as questões pertinentes ao afogamento do Poder Judiciário e à uniformização das decisões judiciais.”(*Manual de direito processual civil*, p. 110).

⁴¹⁹ Neste ponto, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA faz a constatação de que “*literalmente*, o dispositivo prevê o incidente de resolução de causas repetitivas de forma *preventiva*.”. E complementa o autor, observando que “seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto”. (“Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, p. 258).

processos individuais repetitivas sem dúvida alguma tem potencial para desafogar o Poder Judiciário⁴²⁰.

Terão legitimidade para suscitar o incidente, conforme estabelecido pelo artigo 930, §1º do Projeto, o juiz ou relator de demanda originária da questão de direito repetitiva, por meio de ofício (inc. I), as partes, o Ministério Público ou Defensoria Pública, por meio de petição (inc. II). Ainda, o Ministério Público deverá atuar como fiscal de lei caso não seja o suscitante do incidente e poderá⁴²¹ assumir a titularidade do incidente em caso de desistência ou abandono do suscitante original (Projeto, art. 930, §3º).

Neste ponto específico reside uma das diferenças fundamentais entre o incidente e técnica da amostragem desenvolvida para os tribunais superiores. Não há seleção do processo modelo, que será utilizado dentro do procedimento para formação da decisão paradigma. A ausência dessa seleção que permite sejam levadas aos julgadores teses amadurecidas nos mais diversos sentidos o que invariavelmente enriquecem o debate, como visto no item 40 *supra*, deve ser “substituída” pela participação ativa dentro do procedimento estabelecido para o incidente dos autores individuais que tiverem seus processos suspensos, bem como dos *amici curiae* com interesse jurídico na solução da controvérsia.

Há evidente preocupação do Projeto com a publicidade e divulgação das questões que venham a ser objeto do incidente, até para que este alcance a efetividade almejada. O *caput* e o parágrafo do artigo 931 criam registros ou cadastros eletrônicos de questões de direito a ele submetidas, que serão obrigatoriamente atualizados pelos tribunais e administrados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao relator do incidente no tribunal é facultada a requisição de informações ao juízo de origem no qual foi suscitada a questão de direito *supostamente*

⁴²⁰ DANIEL DE ANDRADE LEVY assevera, em consonância com o sustentado no item 29 *supra*, que “sob uma ótica “macroprocessual”, a reunião dos processos repetitivos, acabará por gerar uma economia temporal para os juízos que não precisarão conhecer questões jurídicas coletivizadas, podendo-se dedicar a outras demandas, inclusive durante a suspensão determinada pelo incidente”(“O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da *Group Litigation Order* britânica”, p. 166).

⁴²¹ Aparentemente o projeto não impõe ao Ministério Público a obrigação de assumir o pólo ativo de incidente que não tenha suscitado. Ao que parece, o Ministério Público poderá se recusar a tanto, desde que de forma motivada, aplicando-se por analogia o entendimento de HUGO NIGRO MAZZILI para semelhante situação nas ações civis públicas. (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 384-385).

repetitiva (Projeto, art. 932). O juiz terá prazo improrrogável de quinze dias para prestar informações. Findo referido prazo, o relator solicitará data para juízo de admissibilidade do incidente, com necessária intimação do Ministério Público.

A competência tanto para juízo de admissibilidade quanto julgamento de mérito do incidente é, por determinação do artigo 933, *caput*, do Projeto, do plenário do tribunal ou, onde houver, do órgão especial.

No juízo de admissibilidade, como determinado pelo §1º do artigo 933 do Projeto, será analisado se estão presentes os requisitos de instauração do incidente previstos pelo artigo 930, isto é, se a controvérsia tem potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. Também será feita a análise pelo tribunal da conveniência⁴²² de se adotar uma decisão paradigmática com relação à questão de direito submetida ao incidente.

Rejeitado o incidente, os processos individuais retomarão seu normal curso. Nesta hipótese, contudo, há evidente conflito entre os artigos projetados no que tange ao momento de início do efeito suspensivo.

Isto porque, por um lado, o §2º do artigo 933 prevê que “rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado”. Apesar da utilização pelo legislador do termo “retomado”, os artigos anteriores em nenhum momento haviam tratado da questão da suspensão dos processos individuais repetitivos no período entre a instauração do incidente e seu juízo de admissibilidade. E se o termo “retomado” é utilizado, pressupõe-se que a intenção do legislador seria a de que todos os processos individuais que tratem da mesma matéria de direito sejam suspensos no referido período.

Por outro lado, o artigo 934 prevê que, admitido o incidente, “o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.”. Ou seja, se ao relator cabe a determinação de

⁴²² Ao que parece, presentes os requisitos para a instauração do incidente, não poderá o relator recusá-lo sob a justificativa de que a formação de uma decisão paradigma é inconveniente. Infeliz, neste ponto, o termo utilizado pelo Projeto.

suspensão dos processos pendentes após a admissão, ao que parece os processos individuais não estavam suspensos.

Mesmo com a inaceitável controvérsia do texto, parece mais lógico que a suspensão dos processos individuais que tenham por objeto idêntica questão de direito seja determinada somente após o juízo de admissibilidade pelo tribunal competente, sob pena de se suspender o processamento de inúmeros processos sem qualquer fundamento, em flagrante infringência à garantia duração razoável do processo. O incidente poderia gerar, assim, efeito contrário ao que o legitimou.

Determinada a suspensão por conta da admissão do incidente, há permissão para concessão de medidas de urgência no período de suspensão (Projeto, art. 934, parágrafo único).

O Projeto estabelece prazo para julgamento do incidente pelo tribunal. Estabelece o artigo 939 que “o incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.”. Superado o prazo de seis meses para julgamento do incidente, cessa sua eficácia suspensiva, salvo decisão fundamentada em contrário do relator (Projeto, art. 939, §1º).

Há ainda evidente preocupação do Projeto com a ampla defesa, o contraditório e a participação do número máximo de envolvidos possível, inclusive de eventuais *amici curiae*, até para que a decisão final paradigma proferida seja legitimada através de um efetivo contraditório social e coletivo. Neste sentido estabelece o artigo 935 que “o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.”.

Concluídas todas as diligências, o relator pedirá dia para julgamento (Projeto, art. 936). Na sessão de julgamento, “feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.”(Projeto, art.

936, §1º). Posteriormente, “os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.” (Projeto, art. 936, §2º). Referida previsão demonstra a preocupação do Projeto com o contraditório, já que é regulamentada inclusive a possibilidade de sustentação oral por todos que tenham interesse na decisão quadro que será aplicável aos demais casos suspensos.

O projeto n. 166/2010 tem intenção, ainda que não expressa, de dar *efeito vinculante* à decisão paradigma proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, algo que representa uma verdadeira evolução do regime adotado para os tribunais superiores.

Assim, determina o artigo 938 que “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.”. Prevê ainda o artigo 933, §2º que, admitido o incidente no juízo de admissibilidade, “o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.” E, por fim, estabelece o artigo 941 que “não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.”. A reclamação seguirá o trâmite previsto no Capítulo VIII do mesmo Livro (Projeto, art. 941, parágrafo único). Ou seja, ainda que não tenha sido feito da forma correta, não há qualquer dúvida de que pelo texto projetado a intenção foi dar à decisão de mérito do incidente efeito vinculante⁴²³.

Julgado o mérito do incidente, do acórdão lavrado pelo tribunal caberá recurso especial e extraordinário para os tribunais superiores. Tais recursos, contudo, possuem algumas peculiaridades de processamento por terem sido interpostos contra decisão proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas.

A primeira delas é a possibilidade de suspensão de todas as demandas individuais repetitivas em território nacional que tratem da mesma questão de direito do

⁴²³É controversa a constitucionalidade da norma, uma vez que não há qualquer autorização constitucional para que seja dado *efeito vinculante* às decisões do incidente de resolução de demandas repetitivas, o que não acontece com a súmula vinculante, por exemplo, que tem expressa previsão constitucional (Const., art. 103-A). Dar-se efeito vinculante às decisões judiciais depende de prévia autorização constitucional, e portanto qualquer tentativa feita por meio de lei federal é fadada à declaração de inconstitucionalidade.

incidente. O artigo 937 e seu parágrafo prevêm que as partes do processo originário, os interessados, o Ministério Público, a Defensoria Pública (Projeto, art. 937, *caput*) ou qualquer um que for parte em processo que verse sobre a idêntica questão de direito e independentemente dos limites da competência territorial (Projeto, art. 937, parágrafo) “visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.”.

A previsão parece ser perigosa e de certa forma utópica. Isto porque o Brasil é um país enorme, repleto de peculiaridades regionais e obviamente devem ser observadas. Como analisar se a realidade dos Estados é semelhante para que se justifique a suspensão dos processos em todo o território nacional? O ato judicial previsto pelo artigo 937 é de grande alcance e deveria, conseqüentemente, ter sido regulamentado com mais detalhes.

Independentemente disso, determinada a suspensão pelo tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial e extraordinário de todos os processos em território nacional que tratem de idêntica questão de direito, prevê o §2º do artigo 939 que se aplicará a hipótese, “no que couber”, a regra do §1º do artigo 939, ou seja, a eficácia suspensiva do incidente poderá ser ampliada por decisão fundamentada do relator. Neste caso, o relator em um dos tribunais superiores.

Outra particularidade é que os recursos especiais e extraordinários interpostos nos incidentes serão dotados de efeito suspensivo e terão a repercussão geral presumida. Assim estabelece o artigo 940 do projeto 166/2010: “O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.”.

O parágrafo do artigo 940 prevê que “na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.”. Ou seja, inexistirá juízo de admissibilidade nos tribunais locais, o que constitui relevante fator de economia processual em um procedimento de interesse notoriamente coletivo.

Por fim, vale ressaltar que a aplicação da tese do incidente obedecerá a competência territorial do Tribunal que o tenha suscitado. Caso o incidente tenha recurso direcionado aos Tribunais Superiores, a tese firmada será aplicada em todo o território nacional.

Além do procedimento próprio criado e do regime específico dos recursos especiais e extraordinários interposto contra a decisão de mérito do incidente, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas tem outros inúmeros reflexos no projeto 166/2010.

A primeira deles é a de que o incidente terá *preferência no julgamento*. Estabelecem os incisos II e IV do §2º do artigo 12 do projeto 166/2010 que os julgamentos de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo e de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas não obedecerão a regra de ordem cronológica de conclusão para decisão prevista no *caput* do artigo 12.

Ainda, o inciso IV do artigo 278 do Projeto estabelece que será concedida *tutela de evidência*, isto é, serão antecipados ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida independentemente de demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando a matéria for unicamente de direito e houver tese favorável firmada em julgamento de casos repetitivos, no qual se inclui o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O inciso II do artigo 307 do Projeto prevê ainda a possibilidade de *improcedência liminar do pedido*. Assim, criando uma nova hipótese não prevista no Código de Processo Civil vigente estabelece que “o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: (...) III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

O artigo 483 do Projeto, que enumera as hipóteses de sentença que só produzirão efeitos após serem confirmadas pelo Tribunal, estabelece, em seu §3º, exceções à regra, entre elas a *sentença que estiver fundada em entendimento firmado em incidente de*

resolução de demandas repetitivas (inc. III), que produzirá efeitos imediatos, ou seja, eventual recurso não será dotado de efeito suspensivo.

O artigo 507 do Projeto dispensa, em cumprimento de sentença provisório, a caução (arbitrada pelo juiz e prestada nos autos) nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, da prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado caso a sentença houver sido proferida com base em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas. Poderá o juiz, contudo, manter a exigência de caução quando a dispensa resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (Projeto, art. 507, parágrafo).

Estabelecem ainda as alíneas *b*) e *c*) dos incisos IV e V do artigo 888 do Projeto que deverá o relator negar seguimento ao recurso que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Prevêem também que incumbe ao relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O inciso II do §3º do artigo 989 prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos. Neste ponto não se compreende muito bem qual é a intenção do Projeto, uma vez que o correto seria barrar os recursos que contrariem as teses já firmadas em julgamento de casos repetitivos, até para que o Supremo Tribunal Federal não tenha o trabalho de negar provimento a recurso fadado a tanto.

O artigo 882 do Projeto prevê, pela uniformização e estabilidade da jurisprudência, que na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, poderá haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Além de todos os reflexos citados, há algumas questões relacionadas ao incidente de resolução de demandas repetitivas que não são respondidas pelo texto do Projeto e causarão profundos debates quando da entrada em vigência do instituto.

Tendo em vista o efeito vinculante das decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, presume-se que haverá intensa discussão quanto ao cabimento de ação rescisória contra a sentença transitada em julgado que decidir de forma contrária ao entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos. Atualmente, a doutrina é bastante controversa quando se trata de decisão contrária à súmula vinculante⁴²⁴. O Projeto, contudo, deveria ter firmado posição expressa em algum sentido. Ainda não o fez.

Outra omissão relevante diz respeito à possibilidade de interposição de recurso contra a decisão proferida em juízo de admissibilidade do incidente. O Projeto é silente, e o fato da adoção ou não de paradigma a respeito de determinada questão de direito passar supostamente pela análise de conveniência por parte do tribunal poderia conduzir a errada conclusão de que referida decisão é irrecorrível. Contudo, é justamente a omissão do Projeto que conduz ao entedimento contrário, de que se aplica à hipótese a regra geral, ou seja, do acórdão que admitiu ou não o incidente caberá recurso especial ou extraordinário direcionado aos Tribunais Superiores. A restrição ao direito constitucional de recorrer, por ser exceção, deve ser expressa, como ocorre no Código de Processo Civil vigente com a decisão que converte agravo de instrumento em retido ou que concede efeito suspensivo ou ativo a recurso (CPC, art. 527, parágrafo).

Ainda, haverá grande controvérsia na hipótese de terem sido suscitados dois incidentes em tribunais distintos a respeito da mesma matéria de direito, situação com chance real de acontecer e que sequer foi mencionada pelo Projeto. Imagine-se como exemplo que o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região

⁴²⁴O entendimento aqui adotado é pelo cabimento da ação rescisória. Neste mesmo sentido, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, analisando a questão sob a perspectiva da súmula vinculante, observa que “em conformidade com a súmula 734 do Supremo Tribunal Federal, “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”. Transitada em julgado a decisão, restará ao prejudicado pelo desrespeito ou aplicação indevida da súmula a propositura de ação rescisória.”(BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, “Súmula vinculante”, p. 287). Em sentido contrário, FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Ação rescisória*, p. 324.

instauram incidentes a respeito da questão dos expurgos inflacionários. É extremamente preocupante se pensar que existe a possibilidade de dois tribunais locais firmarem entendimentos contrários em idêntica questão de direito. Seria o caso do texto projetado ter previsto a suspensão dos incidentes nos tribunais locais, suscitando-se um incidente único a respeito da matéria ao Superior Tribunal de Justiça, se a questão for infraconstitucional, ou ao Supremo Tribunal Federal, se a questão for constitucional, para que se evite uma situação grave de insegurança jurídica pela existência de entendimentos *vinculantes* conflitantes.

Não define também o Projeto por quem poderá ser utilizado o incidente de resolução de demandas repetitivas. Como o texto prevê que a admissão e julgamento do incidente serão de competência do plenário ou do órgão especial de determinado tribunal, pressupõe-se que o instrumento é voltado aos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais. Contudo, excluiu-se a possibilidade de sua utilização pelos Colégios Recursais.

Em suma, o instrumento criado pelo Projeto em muito se assemelha com a técnica de julgamento por amostragem esmiuçada no decorrer do presente estudo, aplicável aos tribunais superiores, e portanto está apto a tutelar o ordenamento jurídico da mesma forma. Espera-se que, assim que convertido o projeto em lei, os tribunais locais tenham maturidade para utilizar o mecanismo sem excessos, como em regra tem acontecido com os tribunais superiores.

55. O regime de recursos especiais e extraordinários repetitivos

O regime de recursos especiais e extraordinários repetitivos estabelecido pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil não altera a essência da técnica de julgamento por amostragem direcionada aos tribunais superiores já destacada ao longo deste estudo, tampouco as principais peculiaridades teóricas também já abordadas ao longo do §9 *supra*, destinado à análise das questões procedimentais.

Algumas das inovações trazidas pelo projeto são animadoras, já que fortalecem ainda mais a técnica de julgamento por amostragem nos tribunais superiores. Outras solucionam algumas das questões apontadas neste estudo como de extrema controvérsia na utilização da técnica.

Assim, o Projeto de novo Código de Processo Civil traz as seguintes relevantes inovações para a técnica de julgamento por amostragem no âmbito dos tribunais superiores: (i) separa em dispositivos distintos a análise da repercussão geral por amostragem do julgamento de mérito do recurso extraordinário repetitivo por amostragem, tornando o texto legislativo de certa forma mais didático⁴²⁵; (ii) afasta a controvérsia doutrinária e jurisprudencial citada no item 38 *supra* a respeito do alcance do sobrestamento, prevendo a possibilidade de sobrestamento de todos os casos que tratam da questão de direito afetada pela amostragem, em qualquer grau de jurisdição⁴²⁶; (iii) estipula ao relator a obrigação de identificar com precisão a matéria a ser levada a julgamento, ficando vedada ao Tribunal a extensão a outros temas não identificados na referida decisão (Projeto, art. 991, §2º); (iv) determina ao juiz o proferimento de sentença aplicando a tese firmada no julgamento por amostragem se no período de suspensão sobrevier decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia (Projeto, art. 995, *caput*); (v) dá verdadeiro efeito vinculante à decisão paradigma resultado do procedimento por amostragem, apesar de não fazê-lo de forme expressa, já que, ao mesmo tempo em que prevê que o juiz de primeiro grau de jurisdição “aplicará” a tese firmada em julgamento de casos repetitivos e autoriza o ajuizamento de reclamação “para garantir a autoridade das decisões do Tribunal” (Projeto, art. 942, inc. II), possibilita aos tribunais locais manter o acórdão divergente do julgamento de casos repetitivos, fazendo juízo de admissibilidade do recurso destinado à instância superior (Projeto, art. 994, §1º). Apesar da *aparente* contradição, a interpretação sistemática do Projeto torna forçosa a conclusão de que a decisão de julgamento de casos repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores também tem

⁴²⁵ O projeto 166/2010 trata em dois artigos distintos da utilização do regime de recursos repetitivos e da análise da existência ou não de repercussão geral nestes. A repercussão geral e sua aplicação para os demais recursos com fundamento idêntico são previstas pelo §7º do artigo 989 do Projeto (“no caso do recurso extraordinário processado na forma da Seção III deste Capítulo, negada a existência de repercussão geral no recurso representativo da controvérsia, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”. Na realidade, presume-se que o Projeto faça referência à seção II do mesmo capítulo, que trata de recursos repetitivos e não à seção III, que trata do agravo de admissão), enquanto que o novo regime estabelecido para os recursos extraordinários repetitivos (Projeto, arts. 990 a 995) trata somente do mérito do recurso.

⁴²⁶ Os processos em trâmite em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator (Projeto, art. 991, §3º). Já os recursos que versem sobre idêntica controvérsia nos próprios tribunais superiores e nos tribunais de segundo grau de jurisdição também ficaram suspensos, só que sem prazo determinado, ou seja, até a decisão do recurso representativo da controvérsia, exatamente como no regime atual (Projeto, art. 991).

efeito vinculante, até porque o tem a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, que exerce função semelhante nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais; (vi) possibilita ao autor desistir da demanda em curso (Projeto, art. 995, par. único) se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Ao que parece a intenção do dispositivo é de autorizar ao autor desistir da demanda mesmo sem a anuência do réu nos casos em que a matéria controvertida já tenha sido pacificada pela jurisprudência por meio do julgamento de casos repetitivos. Mas o autor responderá, por óbvio, pelos ônus de sucumbência. Prevê ainda referido parágrafo que se a desistência ocorrer *antes de oferecida a contestação*⁴²⁷, o demandante ficará isento do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

Com relação a este último ponto, o texto do artigo pode vir a causar, sem dúvida, enorme controvérsia. Atualmente, já há intenso debate na jurisprudência a respeito do momento limite para apresentação do pedido de desistência pelo demandante sem condenação em honorários sucumbenciais⁴²⁸. Ora, se o réu, citado, constitui advogado que elabora extenso trabalho fora dos autos, mas, momentos antes de ser oferecida a contestação, o autor desiste da demanda, ficará este isento do pagamento de eventuais honorários e custas sucumbenciais? Ao que parece, o melhor entendimento, contrário ao texto projetado, é o de que “independentemente de quando for apresentado o pedido de desistência, se o demandado foi citado e, sem saber da desistência, constituiu advogado e este realizou algum trabalho, são devidos honorários”⁴²⁹

⁴²⁷ Pelo disposto no §4º do artigo 472 do Projeto, seria o caso de desistência sem a necessidade de anuência do réu.

⁴²⁸ *Cfr.* BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, p. 96.

⁴²⁹ BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, p. 96.

CAPÍTULO V - CONCLUSÕES

§12. Futuro do Processo Civil brasileiro

56. Breve resumo da evolução histórica até os dias atuais

Desde a concepção da primeira configuração de Estado moderno, por meio da revolução francesa, a sociedade se alterou substancialmente, tornando obrigatória também a evolução do direito, em especial do direito processual civil. As concepções individuais típicas da doutrina liberal, o fetiche pela legalidade e a obediência do Poder Judiciário – a quem era vedada qualquer interpretação para aplicação do direito posto ao caso concreto – ao Poder Legislativo ruíram com a complexidade das crises sociais e o fenômeno da ascensão das massas, que aumentaram exponencialmente o nível de litigiosidade social e exigiram do Estado uma nova postura. Assim, ao passo que a sociedade se conscientizava dos seus direitos e evoluía, também o fazia o Poder Judiciário, que passou de uma função de mero espectador para exercer ao longo do tempo verdadeira função política.

Esta concepção do desenvolvimento das funções exercidas pelo Poder Judiciário desde o início do Estado Moderno é de extrema relevância para a compreensão da crise de administração da justiça que atinge diversos países ao redor do mundo, e em especial o Brasil, país no qual referido poder cada vez mais tem participação política.

Em nosso país, a crise de legitimidade de assola os Poderes Executivo e Legislativo desde o retorno da democracia tem levado os cidadãos a exigir os direitos que lhes foram garantidos pela nova ordem constitucional através da garantia do acesso à justiça, inserindo o Poder Judiciário no debate político e, por outro lado, aumentando exponencialmente o número de processos em tramitação. No caso brasileiro, a facilidade do acesso à justiça, de certa forma, se transformou, por conta de todo o contexto social, em cultura de litigância e a garantia de inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito acabou por permitir a judicialização de praticamente todas as crises de direito material surgidas.

Somou-se a isso as peculiaridades teóricas da Carta Constitucional de 1988, que além de tratar de forma exagerada de inúmeras matérias que não são de índole constitucional, também corroborou um modelo de federalismo fadado a abarrotar os tribunais superiores, na medida em que permite a inúmeros tribunais da federação a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais emitidas de forma exclusiva pelo mesmo ente legislativo, o que potencializa a possibilidade de coexistência de decisões de conteúdo contraditórios. Também deve ser considerado dentro deste contexto o cultural desrespeito do próprio Estado brasileiro às leis e às decisões judiciais, além da falta de investimento na própria infra-estrutura do Poder Judiciário.

O processo civil brasileiro, representado pelo Código de Processo Civil de 1973, de ideologia predominantemente individualista, não colocava à disposição da sociedade técnicas processuais aptas a tutelar direitos substancialmente novos, situações novas e em quantidade muito superior ao que o legislador havia imaginado. As técnicas processuais vigentes eram voltadas a direito subjetivos individuais em litígios individuais. Nada mais do que isso, com exceção às situações de litisconsórcio.

Estava montado, assim, um cenário no qual os problemas sociais eram massificados, a vontade política de atuação do Estado era (e ainda é) ínfima e não havia condições estruturais nem técnicas para a prestação da tutela jurisdicional. Não havia como fugir da crise de administração da justiça, como de fato não aconteceu. E como consequência da crise surgiram os problemas da morosidade, da insegurança jurídica e do desrespeito à isonomia dos cidadãos, que geraram verdadeiro caos social. Os números do Poder Judiciário eram alarmantes e o exercício da atividade judicante, nessas condições, perdia todo e qualquer caráter artesanal, padronizando-se de forma extremamente maléfica para a qualidade das decisões judiciais.

A solução deste imbróglio, além obviamente da necessidade de fortalecimento das estruturas do Poder Judiciário (que até hoje não é satisfatória pelo falta de vontade política) foi a evolução da técnica processual voltada às situações de massa. Viu-se uma verdadeira caminhada do individual ao coletivo, desenvolvendo-se mecanismos de tutela de direitos pertencentes a grupos ou a coletividade como um todo. Os processualistas passaram a se despir de tradicionalismos infundados na busca de soluções

que pudessem solucionar a crise em que se encontrava o Poder Judiciário. A idéia era dar tratamento de massa às situações de massa, evitando-se a não tutela de direitos anteriormente ignorados pela ordem processual vigente e também a pulverização de processos individuais decorrentes de lesões de massa.

Da mesma forma o processo civil brasileiro passou por uma tendência saudável de valorização da jurisprudência, em uma verdadeira caminhada da persuasão à vinculação. Se a caminhada da tutela individual à coletiva era influenciada pela essência das crises de direito material, no caso da crescente vinculação dos efeitos das decisões judiciais, o anseio era de tornar o Poder Judiciário um poder coeso, respeitado pelos cidadãos e que seguia suas próprias determinações.

As caminhadas de coletivização e valorização dos precedentes tiveram inúmeros reflexos legislativos, os quais não foram suficientes para desabarrotar o Poder Judiciário, em especial os tribunais superiores. Desde antes da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988 a comunidade jurídica clamava por alternativas para racionalizar o trabalho do Supremo Tribunal Federal, realização esta jamais obtida na prática.

Sendo a sociedade moderna marcada pela repetição, constatou-se que era necessário aplicar a mesma lógica para o desenvolvimento de novas técnicas processuais, adaptando-as novamente à realidade social, já que qualquer técnica não amoldada à realidade das situações e crises de direito material está fadada a ser inócua. É o que foi chamado neste estudo de tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição, requisito essencial para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional nos dias atuais.

Neste sentido foram criados inúmeros mecanismos de contenção da litigiosidade em massa, em prol da racionalização do trabalho do Poder Judiciário em todas as instâncias, como as técnicas de julgamento por amostragem, que são objeto do presente estudo, voltadas às cortes superiores. A amostragem como técnica processual tem, sem dúvida alguma, o condão de tutelar a segurança jurídica do ordenamento, evitando decisões conflitantes a respeito do mesmo tema; a duração razoável do processo, na medida em que

racionaliza o trabalho e otimiza o tempo dos julgadores, que poderão dar atenção a todos os casos; e isonomia, pela aptidão de aplicar decisões do mesmo teor a jurisdicionados em idêntica situação, em um procedimento desenvolvido para promover a paridade de armas entre os litigantes pelo intenso debate que antecede a tomada da decisão paradigma.

57. Análise crítica da técnica por amostragem vigente e projetada

Além de resultado da tendência de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno social da repetição, a técnica por amostragem nos tribunais superiores é também consequência da função atual exercida por tais cortes dentro do ordenamento jurídico, em especial o papel de proteger o direito objetivo, de fixar paradigmas que devem ser respeitados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e de uniformizar a jurisprudência em todo o território nacional.

Neste panorama, desde que inserida no ordenamento por meio da inserção dos arts. 543-B e 543-C no Código de Processo Civil, a técnica por amostragem vem demonstrando resultados satisfatórios para os fins que foi proposta, de contenção da litigiosidade. E os números estatísticos de ambas as cortes superiores comprovam tais afirmações.

O acerto na opção legislativa de adoção da técnica, o anseio para que seja cada vez mais efetiva e o vasto embasamento teórico que a legitima não podem, contudo, distorcer as interpretações dadas aos dispositivos legais supracitados, em especial com relação às controvérsias surgidas na prática, quando utilizadas. E foi justamente esta postura mais conservadora que foi adotada pelo presente estudo no posicionamento a respeito das divergências doutrinárias e jurisprudenciais mais freqüentes.

Assim é que se considerou que o regime dos arts. 543-B e 543-C é aplicável tão somente aos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos, respectivamente, além obviamente dos agravos de decisões denegatórios de seguimento de ambos. É saudável se pensar em ampliar o objeto da técnica, mas o modelo constitucional do processo civil brasileiro exige para tal objetivo que sejam promovidas alterações legislativas neste sentido, que ainda não ocorreram. Também se ponderou que a questão de

direito repetitiva apta a deflagrar o procedimento tenha que ser sopesada com o real temor de multiplicação dos recursos, não se justificando, por um lado, que se dê início ao procedimento sem qualquer justificativa, mas por outro também não se tolerando atrasos infundados para referido início se já constatada a necessidade de utilização da amostragem.

Também se destacou que a decisão que determina o sobrestamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos deve necessariamente passível de impugnação, também para os tribunais superiores, já que na visão deste estudo este é o momento adequado para se debater se a questão veiculada pelo recurso sobrestado é ou não a mesma da que é objeto da amostragem, ou seja, este é o momento do de realizar a desvincular o caso concreto da questão que foi objeto da amostragem. Não permitir o verdadeiro debate da questão neste momento e postergá-la para após a definição do entendimento pela corte superior abalaria a constitucionalidade da técnica, na medida em que prejudicaria em excesso o recorrente.

Se defendeu também a ativa e efetiva participação de terceiros no procedimento de julgamento por amostragem, em especial da figura do *amicus curiae*, como forma de submeter a decisão a um contraditório coletivo e legitimá-la ainda mais, ante seu caráter transcendental e seus efeitos prospectivos.

Foi observado que a decisão paradigma resultado do procedimento por amostragem não tem efeitos vinculantes, na medida em que a Constituição Federal e o Código de Processo Civil não lhe outorgam tais efeitos, tanto que há possibilidade ou não de retratação dos tribunais inferiores caso a decisão objeto do recurso sobrestado seja contrária ao entendimento firmado pela corte superior em procedimento de julgamento por amostragem.

E em prol da segurança jurídica, sustentou-se a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão paradigma em procedimento de julgamento por amostragem tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como que a técnica por amostragem, por ser de simples *processamento* dos recursos excepcionais, pode ser aplicada também às irresignações interpostos anteriormente à vigência dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Já com relação ao denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, em que pese a saudável demonstração de que a técnica de julgamento por amostragem tem sucesso e está sendo estendida aos demais tribunais – se o projeto for convertido em lei – o receio é de que as respostas em aberto são muitas, em especial pelos dispositivos projetados que pouco tratam a respeito das questões essenciais para o bom funcionamento da técnica, como por exemplo a recorribilidade da decisão do juízo de admissibilidade do incidente, para citar um exemplo. Ao que parece, o legislador, em que pese a positiva iniciativa, se deixou levar pelo anseio dar efetividade à técnica a qualquer custo, sem se atentar às peculiaridades teóricas que são essenciais para o bom uso da amostragem.

58. Propostas para o aprimoramento do julgamento por amostragem

Além dos posicionamentos adotados que, na visão deste estudo, contribuem para a melhor utilização da técnica de julgamento por amostragem, é de se ressaltar que há também algumas sugestões de alteração legislativa em prol da efetividade da técnica, até porque é claro o posicionamento adotado no sentido de dar cada vez mais força às técnicas adaptadas aos processos repetitivos.

A reflexão a respeito do procedimento de julgamento por amostragem e da função das cortes superiores como um todo levam forçosamente à seguinte reflexão: diante da atual realidade do Poder Judiciário brasileiro e do modelo constitucional do processo civil, essa opção legislativa de não se dar efeito vinculante às decisões tomadas no procedimento de julgamento por amostragem se justifica? Não se vê qualquer razão para facultar aos tribunais inferiores a possibilidade de se retratar, ainda mais diante de todos os cuidados tomados pela lei para que a decisão paradigma tenha efetivo resultado.

Uma das sugestões que se dá como forma de conclusão do presente estudo é o de, por meio de emenda constitucional e posterior emissão de lei que a regulamente, se atribuir à decisão paradigma tomada em procedimento de julgamento por amostragem efeito vinculante, observados, logicamente, procedimentos para revisão e cancelamento do entendimento firmado nos moldes do que é atualmente aplicado para as

súmulas vinculantes, para que se respeite a mutabilidade da jurisprudência, que tem como melhor característica a adaptabilidade às situações sociais mutantes⁴³⁰.

Por fim, e na realidade esta sugestão não tem relação direta com a técnica de julgamento por amostragem em si mas com todo o material que foi objeto de estudo, que conduziu à conclusão de que há necessidade de criação de filtros de contenção de litigiosidade nos tribunais superiores, é de se considerar a criação de um requisito de admissibilidade semelhante ao da repercussão geral para os recursos especiais, dando ao Superior Tribunal de Justiça a mesma possibilidade de filtrar os casos que irá decidir⁴³¹. Referida corte, última voz quando o assunto é legislação infraconstitucional, não pode ser interpretada como uma terceira instância e deve ter mecanismos para vedar tal prática, sob pena de suas funções constitucionais não serem devidamente desenvolvidas, como de fato hoje ainda não são completamente.

O estudo é amplamente favorável às técnicas de adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição, desde que preservadas as garantias constitucionais dos jurisdicionados. É o caso da técnica de julgamento por amostragem, no qual foi possível aliar celeridade e segurança e proporcionar a todos os envolvidos um resultado concreto positivo. Espera-se que as técnicas projetadas para o mesmo fim pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil tenham o mesmo fim.

⁴³⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI é mais radical no tocante ao nível de vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões do Superior Tribunal de Justiça. Para o autor, a atual regulamentação constitucional e infraconstitucional da atuação do referido tribunal de superposição já dá ensejo à interpretação de que os precedentes advindos deste tribunal têm eficácia vinculante. Observa que “se o pressuposto da divergência de interpretação é requisito de admissibilidade do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, o único sentido da norma constitucional é o de que, após a decisão da Corte afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais estão a ela vinculados. Não há como atribuir outro sentido à norma constitucional” (*Precedente obrigatórios*), p. 495.

⁴³¹ Em consonância com que é aqui defendido, informação recente do *site* do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) dá conta de que uma sugestão de Projeto de Emenda Constitucional foi feita pela corte para inserção no texto constitucional do requisito da repercussão geral também para os recursos especiais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. “A Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e o Julgamento por Amostragem no Âmbito do Supremo Tribunal Federal”. in *As novas reformas do CPC*. Coord. GIANNICO, Maurício e MONTEIRO, Vitor José de Mello, São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, trad. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. “Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions” in *Duke Journal of Comparative and International Law* 11, 2001.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ARMELIN, Donald. “Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada” in *Tendências do Moderno Processo Civil Brasileiro. Aspectos Individuais e Coletivos das Tutelas Preventivas e Ressarcitórias. Estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BALLON, Oskar J. *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren*, 12. Auflage, Leykam, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendência contemporâneas do Direito Processual Civil” in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos” in *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 35. Porto Alegre: Síntese, 2005.
- _____. “Efetividade do Processo e Técnica Processual” in *Temas de Direito Processual (Sexta Série)*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. “Situações Jurídicas Homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa” in *Revista de Processo*, v. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

- _____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Discrecionalidade Judicial” in *Revista Forense*, v. 354. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BENETI, Sidnei Agostinho, “Assunção de competência e *fast-track* recursal in *Revista de Processo*, v. 171, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, CLAUDIA LIMA e BESSA, LEONARDO ROSCOE. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. “A Nova Técnica de Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos” in *Revista Jurídica*, n. 387, ano 58. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Mecanismos de Uniformização Jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante” in *Revista dos Tribunais*, v. 865. Ano 96, nov. 2007.
- BUZUID, Alfredo. “A Crise do Supremo Tribunal Federal” in *Estudo de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1972.
- CABRAL, Antonio do Passo. “O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas” in *Revista de Processo*, v. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. vol. 1. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
- CAMBI, EDUARDO. “Jurisprudência Lotérica” in *Revista dos Tribunais*, vol. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. org. FARIA, José Eduardo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAPPELETTI, MAURO. “Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil. Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental” in *Processo, Ideologias e Sociedade*, v. I, trad. SOBRINHO, Elício de Cresci. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- _____; GARTH, Bryan, *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

- CASTANHEIRA NEVES, A.. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: 1983.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*. 3ª edizione, Bologna: Mulino, 2005.
- COSTA, JUDITH MARTINS. “O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro” in *Revista dos Tribunais*, vol 753. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COSTA, Guilherme Recena. *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____, *Tempo e Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O regime processual das causas repetitivas” in *Revista de Processo*, v. 179, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____, “Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” in *Revista de Processo*, v. 193, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2011.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2011.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*,. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- _____. *Nova Era do Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. “Aceleração de procedimentos” in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “O Futuro do Processo Civil Brasileiro” in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Súmulas Vinculantes” in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Universalizar a Tutela Jurisdicional” in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa” in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de Acesso à Justiça. Os Direitos Processuais Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FANSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. “As Transformações do Judiciário em Face de Suas Responsabilidades Sociais” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. org. FARIA, José Eduardo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Introdução: “O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. org. FARIA, José Eduardo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- FENOLL, Jordi Nueva. “La Relevancia de la Casación: la importancia Del ius litigatoris” in *Revista de Processo* n. 147, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- FUX, Luiz. “O Novo Processo Civil” in *O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.
- GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos Cruz, 2003.
- GIORGETTI Alessandro. VALLEFUOCO, Valerio *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milão: Guiffré, 2008.

- GOTTWALD, Peter. “About the extension of collective legal protection in Germany” in *Revista de Processo*, v. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECCO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos” in *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____, “A crise do Poder Judiciário” in *O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____, “O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro” in *O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____, “O tratamento dos processos repetitivos” in *Processo Civil: Novas Tendências. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos países de civil law e common law*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- HITTERS, Juan Carlos. “La Casacion Civil en Peru” in *Revista del colegio de abogados de la plata*, n. 58, La Plata: 1997.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. “O Direito Pós-Moderno e a Codificação” in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Nulidade parcial de ato normativo. Lei parcialmente inconstitucional. *Utile per inutile non vixit*. Certeza e segurança jurídica. Eficácia *ex nunc* de jurisprudência quando há reviravolta de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público” in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privados*, São Paulo: 1ª ed., 2ª tiragem, Saraiva, 2010.
- KILLIAN, Thomas. *Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMug*. Augsburg: Nomos, 2007.
- LEAL, Victor Nunes. “Atualidade do Supremo Tribunal” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 78. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- LEBRE DE FREITAS, José. “Regime processual experimental: A fase dos articulados” in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- LEVY, Daniel de Andrade. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da *Group Litigation*”

- Order Britânica*” in *Revista de Processo*, v. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Súmula Vinculante” in *As novas reformas do CPC*. Coord. Maurício Giannico e Vitor José de Mello Monteiro, São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Honorários Advocatícios no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria Geral das Ações Coletivas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. “Contribuição Esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na Prevenção da Atomização Judicial dos Mega-Conflitos” in *Revista de Processo*, v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. 1ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*, vol. I, 5 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____, *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores” in *Revista dos Tribunais*, v. 906, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOLLICA, Rogério. *Os Processos Repetitivos e a Celeridade Processual*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, trad. CRISTINA MURACHO, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORELLO, Augusto M.. *El Proceso Justo*. 2ª edición. La Plata: Librería Editora Platense, 2005.
- MULLENIX, Linda S. *Mass Tort Litigation*. Cases and Material. Second Edition. Minnesota: Thomson West, 2008.
- NAGAREDA, Richard A. *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. New York: Thomson Reuters, 2009.
- NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*, São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; col. NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. .
- NERY JUNIOR, Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior” in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, São Paulo: Manole, 2008.
- _____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2010.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. “O regime processual experimental português” in *Revista de Processo*, v. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

- RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS. Indicadores do Poder Judiciário. Panorama do Judiciário Brasileiro. Disponível em: www.cnj.jus.br
- RELATÓRIO 100 MAIORES LITIGANTES. Disponível em: www.cnj.jus.br
- RELATÓRIO DE ESTATÍSTICAS. Disponível em www.stf.jus.br
- RELATÓRIO DE ESTATÍSTICAS. Disponível em www.stj.jus.br
- RODRIGUES, RUY ZOCH. *Ações Repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- ROTH, André-Noël, “O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?” in *Direito e Globalização econômica*. org. FARIA, José Eduardo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *O Poder Público em Juízo*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 5, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Ovídio Baptista da. “A função dos tribunais superiores” in *Sentença e coisa julgada (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. “Democracia moderna e processo civil”. in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.
- SOUZA, CARLOS AURÉLIO MOTA DE. *Segurança Jurídica e Jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed., São Paulo: Cortez, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese apresentada para o concurso de livre-

- docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008.
- TARUFFO, Michele, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective” in *Duke Journal of Comparative and International Law* 11, 2001.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A súmula e sua evolução no Brasil” in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 24, vol 179, São Paulo: EJV, 2000.
- TIMM, Luciano Benetti, *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Gen Forense, 2008
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, “Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário in *Revista de Processo*, v. 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “Litigiosidade Contida (E o Contingenciamento de Litigiosidade)” in *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coord. SALLES, Carlos Alberto de. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. *Interesses Individuais Homogêneos e seus Aspectos Polêmicos*, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. “Existe a “Discrecionalidade” Judicial? in *Revista de Processo*, v. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos” in *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2007.
- _____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. *Recursos repetitivos*. “Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão em 2.º grau” in *Revista de Processo*, v. 191, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- WALTER, Gerhard, “Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland” in *Duke Journal of Comparative and International Law* 11, 2001.
- WATANABE, Kazuo, “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna” in *Participação e Processo*, Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WITTMANN, RALF-THOMAS. “Il contenzioso di massa in Germania”. in *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*, Giorgetti Alessandro e Valerio Vallefucio, Milão, Giuffré, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.