

Scorza: O procedimento dos recursos especiais repetitivos

29/06/2021

Os recursos especiais repetitivos se inserem no microssistema de resolução de casos repetitivos constante do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), cujo objetivo é "*uniformizar e dinamizar processamento de matérias consideradas semelhantes*" [1], questões de fato e/ou de direito em comum [2].



O advento de técnicas de padronização decisória e

mecanismos processuais e gerenciais de julgamento de demandas repetitivas decorreu do fato de que "*o processo civil tradicional, de bases individualistas, cujo núcleo central é a lide, não se demonstrou adequado para tutelar tais situações*" [3]. Antes do CPC/2015, não se tinha uma visão global do sistema: havia, apenas, algumas reformas no Código de Processo Civil de 1973 e a edição de leis esparsas para lidar com o fenômeno.

Entre as mencionadas reformas, podemos identificar a operada pela Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, instituidora do sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos [4], que se deu na tendência, à época, de legiferar com o fito de "*acelerar ou aglutinar processos individuais repetitivos, com especial ênfase naqueles já pendentes em grau de recurso*" [5], assim como valorizar sobremaneira a jurisprudência da corte superior, enfatizando sua função constitucional de ser o órgão a dar a palavra final a respeito de matéria infraconstitucional [6].

A técnica então instituída ficou conhecida como "*julgamento por amostragem*", em que se selecionava uma ou mais "causas-piloto" ou "processos teste" para o desenvolvimento da tese, o que era visto com determinado criticismo da doutrina [7]: a ampliação dos poderes do tribunal de origem para escolher o que seria apreciado pelo tribunal superior poderia se qualificar como uma restrição ao acesso à Justiça, bem como representar a controvérsia de forma deficitária.

Prevalece no CPC/2015 a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os recursos especiais repetitivos e as reformas atinentes aos processos repetitivos e à busca de eficiência na jurisdição [8], confirmando as tendências sobreditas de aglutinação, em especial

com a atribuição de eficácia normativa para precedentes judiciais e a orientação aos tribunais para uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la íntegra e estável [9]. Tendo isso em vista, os mecanismos de julgamento de recursos (especiais e extraordinários) foram aperfeiçoados.

Ainda na matéria, algumas sofisticacões procedimentais foram implementadas, como: 1) a atribuição de maior influência e autonomia ao tribunal superior para escolher os recursos que vá julgar; 2) a seleção de recursos com argumentação mais estruturada e fundamentada; 3) o estabelecimento de ao menos dois recursos como representativos da controvérsia; 4) a ampliação dos efeitos da decisão de afetação; 5) uma maior valorização da fundamentação da decisão; e um 6) exercício mais amplo do contraditório.

É certo que o Código de 2015 realizou o intento de lapidar o que se tinha quanto à repetitividade. No entanto, voltando os olhos à realidade, observamos que, por vezes, o silêncio da lei federal — e inclusive do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça — em determinadas situações — pode tornar alguns momentos procedimentais lacunosos ou anuviados, fazendo com que haja inseguranças e uma liberdade de atuação da corte que deve ser observada com cautela.

No presente artigo, serão expostos quatro (entre diversos a serem considerados) aspectos a respeito dos recursos especiais repetitivos que não foram tratados pelo legislador, ou então que o foram, ora de forma aberta, ora indefinida, de modo a gerar consequências dignas de nota.

Primeiramente, trataremos do prequestionamento. Em matéria de recurso especial (sem ser repetitivo), o STJ vem admitindo recursos com prequestionamento implícito, sem necessidade de menção expressa dos dispositivos levados à discussão [10].

Note-se que essa ideia não sinonimiza com o que se entendia por "efeito devolutivo amplo", surgido sob a égide do Código de 1973, em que *"a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública"* [11], porquanto o Superior Tribunal de Justiça deve *"julgar a causa, aplicando o direito à espécie"*.

Mais preocupante ainda é a concepção, externada pela ministra Nancy Andrighi, de que se pode *"mitigar o requisito do prequestionamento"*, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça — cuja função não pode ser limitada por não se enquadrar em um modelo restritivo de prestação jurisdicional — poderia se valer de questões não apreciadas diretamente no feito ou sequer mencionadas no recurso especial [12].

Quando nos atemos ao teor do artigo 1.034 do CPC/2015, temos que o STJ, conhecendo do recurso interposto, deverá, no juízo de mérito, julgar a causa, *aplicando o direito à espécie*. Essa aplicação, contudo, não pode ficar ao alvedrio da corte, de forma ilimitada.

Em segundo lugar, quanto à escolha dos recursos representativos da controvérsia (RRCs), que conduzirão o processamento e julgamento das demandas repetitivas, há diversas questões não dirimidas. Não há, propriamente, uma transparência quanto à escolha destes recursos. Nesse processo, corre-se o risco da seleção de um recurso mal arrazoado, afetando todos aqueles

envolvidos de forma menos imediata, que, por inúmeras razões de ordem jurídica, organizacional e econômica, não podem participar de forma ativa no julgamento do recurso.

Também não podemos nos olvidar que há, decerto, obstrução do acesso à justiça para alguns litigantes envolvidos no tema levado ao Superior Tribunal de Justiça — em especial os eventuais em detrimento dos habituais. Disso, é potencializado o risco de se ter a aplicação de entendimentos da corte superior sem a devida apreciação dos elementos fáticos da demanda e, portanto, sem dar uma resposta apropriadamente individualizada e, ao fim e ao cabo, avantajando aqueles que têm recursos suficientes para defender seus próprios interesses.

O terceiro ponto que é importante de se trazer à baila é a participação dos *amici curiae*, que, embora seja de incontestável relevância, tem de ser avaliada com maior profundidade. Isso porque a manifestação de tais figuras no processo não tem, como decorrência, a efetiva apreciação da argumentação trazida em sua manifestação.

Dado que a presença dos *amici curiae* no processo está atrelada ao princípio da cooperação, realizando uma dialética processual lastreada em constante diálogo e em abertura do processo decisório à sociedade [13], percebemos que a presença desse indivíduo não é uma mera intervenção de terceiro, que se dá por meio de interesse subjetivado, mas, sim, de objetivos institucionais e metaindividuais: "*É um instituto de matiz democrático, uma vez que permite [...] que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade*" [14].

O maior ou menor nível de enfrentamento dos argumentos trazidos pelos *amici* no provimento final revela o nível de diálogo ocorrido durante o procedimento e tangencia, ainda, a temática da adequada representatividade de interesses e da legitimidade da tese emanada do julgamento realizado pelo STJ. Ademais, ainda nos resta o seguinte questionamento: pode o *amicus curiae* recorrer da decisão que não enfrenta os argumentos que ele trouxera nos autos?

Da redação do artigo 138, §3º, do CPC, tem-se que o *amicus* "*pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas*". No entanto, esse terceiro fica de mãos atadas caso seja completamente ignorado pelo tribunal. Em recente julgado, no REsp 1.813.684, o STJ apresentou opiniões díspares acerca da possibilidade de o *amicus curiae* poder opor ou não embargos de declaração. Em voto divergente, o ministro Luis Felipe Salomão consignou que "[a]o deixar de conhecer os embargos, este colegiado estaria criando hipótese de não cabimento não prevista em lei" [15].

Por fim, o quarto ponto diz respeito à tese formulada. Não há qualquer garantia que a matéria veiculada em sede de recurso especial será o que adstringirá os limites da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda, é imprescindível ter em mente que, entre a chegada do recurso e a decisão final, há uma proposta de afetação, que deve (ou deveria) apresentar qual é a questão de direito levada à corte.

Exemplo disso é a tese da "taxatividade mitigada" (Tema 988), em que se observa uma nítida ampliação da "aplicação do direto" a ser feita pelo STJ, sem uma explicação para o gargalo entre as discussões trazidas pelos RRCs e a decisão de afetação, bem como entre esta e o voto no julgamento dos recursos selecionados como representativos da controvérsia. Primeiramente,

nos recursos, cogitava-se da possibilidade de aplicação de interpretação extensiva aos incisos II e III do artigo 1.015 do CPC/2015 para que se pudesse reconhecer o cabimento de agravo de instrumento em face de decisões que versassem sobre competência. Na sede da proposta de afetação, o STJ entendeu que a tese deveria dizer acerca da possibilidade de aplicação de interpretação extensiva a quaisquer incisos do indigitado artigo. A tese obtida, porém, não levou em conta nem um ponto nem outro, trazendo um novo critério para a interposição de recursos contra interlocutórias [16].

O fio condutor dessa exposição leva em conta o procedimento estabelecido pela lei processual e pelo Regimento Interno do STJ (RISTJ). Há alguns flancos abertos pela ausência de regramento e que podem levar a atuação do STJ a ser demasiadamente desuniforme e, por conseguinte, tornar insegura a esfera do ambiente em que se litiga — especialmente em matéria de repetitivos, cujo procedimento deveria ser, ao menos, mais rígido e positivado do que se tem hoje.

Há questões concernentes aos recursos especiais repetitivos que não foram completamente dirimidas pelo novo diploma processual, sobre as quais devemos nos atentar para estudar eventuais consequências nocivas da atuação do Superior Tribunal de Justiça, bem como para contribuir em propostas de *lege ferenda* nessa matéria que recentemente emergida e que vem se dinamizando de uma forma significativa.

[1] ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, jan. 2017, pp. 233-255.

[2] ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário*. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 45.

[3] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 27.

[4] As reformas alteraram o CPC/1973, incluindo os artigos 543-B e 543-C e determinando, através de suas redações, o regime processual nas instâncias superiores quando houvesse "multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito".

[5] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, jul. 2016, pp. 269-281.

[6] MONTEIRO, Vitor José de Mello. Julgamento por amostragem do recurso especial (Lei n. 11.672/08). In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vitor José de Mello Monteiro (coord.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 403.

[7] BAHIA, Alexandre Melo Franco; HENRIQUES, Paula Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ago. 2016, pp. 205-223.

[8] Isto também se depreende da carta de apresentação constante do anteprojeto do CPC/2015: "Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?" (COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 8).

[9] TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. As técnicas de julgamento de casos repetitivos e a triagem de processos e recursos sob a perspectiva do acesso à justiça individual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019, pp. 275-299.

[10] "Há prequestionamento implícito quando a Corte de origem, mesmo sem a menção expressa ao dispositivo de lei federal tido por violado, manifesta-se, no acórdão impugnado, acerca da tese jurídica apontada pelo recorrente, situação verificada na hipótese." (AgInt no REsp nº 1.767.869/ES. Relator: Min. Gurgel De Faria, Primeira Turma, j. 18.05.2020, DJe 04.06.2020). No mesmo sentido: "O STJ possui compreensão de que se configura o prequestionamento implícito quando, a despeito da menção expressa aos dispositivos legais invocados, o Tribunal a quo emite juízo de valor acerca de questão jurídica deduzida no Recurso Especial." (REsp nº 1.839.672/SP. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 12.11.2019, DJe 19.12.2019).

[11] REsp nº 869.534/SP. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j.: 27.11.2007, DJ 10/12/2007, p. 306.

[12] Comentários ao artigo 104. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. em e-book. São Paulo: Saraiva, 2018, s.p.

[13] DAMASCENO, Kleber Ricardo; CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de processo*, São Paulo, v. 192, fev. 2011, pp. 13-45.



[14] MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, v. 106, abr./jun. 2002, pp. 281-284.

[15] REsp nº 1.813.684/SP, Relator: ministro Raul Araújo, Relator p/ Acórdão: ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 02/10/2019, DJe 18/11/2019.

[16] "[...] Urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação" (Tema 988 do STJ).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jun-29/scorza-procedimento-recursos-especiais-repetitivos/>