

LUIS GUILHERME
AIDAR BONDIOLI

Doutor e mestre pela Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo. Advogado.

COORDENADORES

JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA
LUIS GUILHERME A. BONDIOLI
JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA

XX

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ARTS. 994 A 1.044

2016



**Editora
Saraiva**

os recursos que merecem a atenção do Supremo Tribunal Federal dos que não merecem tal atenção. Uma vez que um recurso seja merecedor da atenção da mais alta corte do País, ele deve ser julgado por inteiro. Afinal, uma vez rompida a barreira da admissibilidade, cabe ao Supremo Tribunal Federal passar ao julgamento da causa (art. 1.034, *caput*, do CPC; Súmula n. 456 do STF).²⁹¹

Subseção II

Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei n. 13.256/2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

CPC de 1973 – arts. 543-B e 543-C

²⁹¹ Cf. ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, “O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários”, p. 113-115.

191. Linhas gerais sobre os recursos extraordinários ou especiais repetitivos

A massificação das relações econômicas e sociais faz com que apareçam no seu contexto litígios igualmente massificados. Para lidar com esses litígios, que se fazem sentir em todas as instâncias do Poder Judiciário, foram introduzidas na legislação algumas técnicas voltadas para a concentração, homogeneização, aceleração e simplificação no seu julgamento. Entre essas técnicas está a do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, trazida para o sistema processual civil nacional pelas Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, que acresceram ao Código de Processo Civil de 1973 os arts. 543-A a 543-C, e mantida pelo Código de Processo Civil, nos arts. 1.036 e segs.

Numa mirada panorâmica, o julgamento dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos consiste na seleção de alguns recursos representativos da controvérsia para um julgamento diferenciado. Enquanto esse julgamento não acontece, são sobrestados os processos em que tal controvérsia também se faz presente. Uma vez julgados os recursos selecionados, os processos sobrestados têm seu destino decidido à luz daquele julgamento. É o que BARBOSA MOREIRA denominou, ainda à luz do Código de Processo Civil de 1973, julgamento *por amostragem*.²⁹²

No Supremo Tribunal Federal, merecem destaque na regulação da matéria os arts. 328 e 328-A do RISTF. E, no Superior Tribunal de Justiça, chama-se a atenção para o art. 65-B do RISTJ e para a Resolução n. 8/2008 do STJ.

192. Multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito

O julgamento *por amostragem* somente é possível quando efetivamente existirem *múltiplos recursos fundados em idêntica questão de direito* (art. 1.036, *caput*, do CPC). Ele não foi concebido para prevenir a multiplicação de recursos repetitivos. Ao contrário: pressupõe tal multiplicação. O escopo de tal julgamento é gerenciar a proliferação dos recursos repetitivos, de modo a evitar que ela extrapole as dimensões necessárias para o correto enfrentamento da questão jurídica e a justa solução da controvérsia. A repetição da controvérsia, em alguma medida, é saudável para que ela possa ser examinada pelos mais diversos ângulos e à luz de todos os argumentos pertinentes para o seu deslinde. Todavia, a desenfreada reiteração da controvérsia, sem a agregação de novos e relevantes elementos para os debates a seu respeito, é altamente prejudicial aos ideais de otimização, efetividade e previsibilidade do processo.

292 Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, n. 332, p. 618.

A deflagração do julgamento *por amostragem* requer cuidado e equilíbrio. Não pode haver atropelos que comprometam o correto enfrentamento da questão jurídica e a justa solução da controvérsia nem retardos que atrapalhem a otimização, efetividade e previsibilidade do processo.²⁹³

Interpretação estrita do vocábulo *multiplicidade* conduz a “caráter do que é múltiplo”.²⁹⁴ E múltiplo, por sua vez, tem o significado de algo “que se refere a quantidade maior do que três; numeroso”.²⁹⁵ Assim, é possível dizer ser necessária a existência de *mais do que três recursos* com fundamento em idêntica questão de direito para a aplicação prática dos arts. 1.036 e segs. do CPC. Todavia, para a aplicação prática desses dispositivos legais, mais importante do que o número de recursos repetitivos existentes é o grau de maturidade e solidez das reflexões em torno da controvérsia a ser examinada. Registre-se que as controvérsias são de complexidade variável, o que faz oscilar o volume e a intensidade das atividades que devem preceder a sua solução. Assim, a existência de quatro recursos repetitivos não é garantia de que chegou o momento de se lançar mão das disposições dos arts. 1.036 e segs. São, sobretudo, as peculiaridades do caso concreto que dirão se já é chegado o momento de se proceder ao julgamento *por amostragem*. Por isso, o parâmetro numérico revelado pela interpretação estrita do vocábulo *multiplicidade* (mais do que três = quatro) serve apenas para estabelecer condições mínimas sem as quais não se pode iniciar o julgamento *por amostragem*, dentro da ideia já lançada de que um mínimo de repetição é saudável. Esse mínimo de repetição, aliás, é essencial para que se possa contar com material adequado à seleção dos recursos representativos da controvérsia (*infra*, n. 194).

Por ocasião da instauração do julgamento *por amostragem*, prevê-se a seleção de “2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia” (art. 1.036, §§ 1º e 5º, do CPC). Independentemente do número de recursos selecionados, deve-se zelar pela prova da efetiva multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (por exemplo, mediante informação de dados mínimos dos recursos não selecionados em que a controvérsia se repete). Quando pinçados menos do que quatro recursos para o julgamento nos termos dos arts. 1.036 e segs., a prova da existência de outros recursos repetitivos é ainda mais importante. Afinal, trata-se aqui de um requisito para o julgamento *por amostragem*, a ser avaliado pelo órgão colegiado encarregado do julgamento dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos no âmbito do

²⁹³ Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos*, n. 94.1.7.1, p. 863.

²⁹⁴ ANTONIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILLAR, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1978.

²⁹⁵ ANTONIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILLAR, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1978.

Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Se reputada ausente a multiplicidade de recursos repetitivos, o julgamento *por amostragem* simplesmente não segue adiante.

A avaliação da identidade da questão de direito veiculada nos recursos extraordinários ou especiais também se insere no contexto de cuidado e equilíbrio de que se falou logo acima. 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. O julgamento *por amostragem* e as demais técnicas pensadas para os processos repetitivos não são adequados para o exame de processos permeados por peculiaridades fáticas ou jurídicas influentes no deslinde das questões de direito existentes no seu contexto. Porém, não se exige que as demandas que estão na base dos recursos extraordinários ou especiais 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.²⁹⁶

Um exemplo ajuda a clarear esse estado de coisas. Certo banco ajuíza demandas condenatórias em face de alguns clientes, fundadas em um mesmo contrato, e estes se defendem sob o argumento da invalidade da cláusula que fixa os juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano. Essas demandas restam julgadas improcedentes nas instâncias ordinárias, em razão daquele argumento da invalidade, e o banco interpõe recursos especiais. Concomitantemente, são julgadas nas instâncias ordinárias demandas ajuizadas por outros clientes desse banco, pedindo a declaração de invalidade da mesma cláusula contratual, também com a alegação de que os juros remuneratórios não podem ultrapassar o patamar de 12% ao ano. Aqui, a invalidade é rechaçada, as demandas são julgadas improcedentes e os clientes interpõem recursos especiais. Malgrado em alguns casos a demanda tenha sido movida pelo banco e este figure como recorrente, tencionando ao final o reconhecimento da validade da cláusula contratual, e em outros casos a demanda tenha sido movida pelos clientes e estes figurem como recorrentes, visando em última análise à invalidação da mesma cláusula contratual, a questão jurídica em que se fundam os recursos especiais é a mesma: é ou não válida a fixação dos juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano nos negócios bancários? Também é o mesmo o material a ser examinado para a resposta a essa questão (um mesmo contrato bancário, regido pelas mesmas disposições legais). Logo, esses recursos especiais podem ser objeto do julgamento *por amostragem*.

296 Cf. LEONARDO GRECO, *Instituições de processo civil*, v. III, n. 11.3.4.2, p. 274.

Contudo, se o que estivesse em discussão em cada processo não fosse um teto abstrato para os juros remuneratórios (12% ao ano), mas sim o caráter abusivo do percentual para eles fixado no caso concreto, o julgamento *por amostragem* não seria possível, pois a correlata avaliação da abusividade dependeria das peculiaridades do caso concreto (média do mercado na praça e no momento do empréstimo, risco da operação, condições pessoais do cliente etc.), circunstância que inviabiliza o procedimento previsto nos arts. 1.036 e segs. do CPC.

Por fim, consigne-se que tanto questões materiais quanto processuais podem ser objeto do julgamento *por amostragem* (art. 928, parágrafo único, do CPC).

193. Deflagração do julgamento *por amostragem*

As medidas voltadas à deflagração do julgamento *por amostragem* de recursos extraordinários ou especiais podem ser tomadas tanto no âmbito dos tribunais recorridos, por seu presidente ou vice-presidente (arts. 1.036, § 1º, do CPC e 1º da Resolução n. 8/2008 do STJ), quanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, por qualquer relator de um recurso extraordinário ou especial (arts. 1.036, § 5º, do CPC, 328 do RISTF e 2º, § 1º, da Resolução n. 8/2008 do STJ).

A iniciativa dos tribunais de origem para a instauração do julgamento *por amostragem* independe de prévia autorização ou solicitação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Constatada a multiplicidade de recursos fundados em idêntica controvérsia, pode o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido selecionar alguns deles e encaminhá-los para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça “para fins de afetação” (art. 1.036, § 1º, do CPC), independentemente de prévia manifestação dos Tribunais de Superposição a seu respeito. Todavia, o julgamento *por amostragem* somente terá sequência se o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal entenderem presentes os requisitos para tanto, ou seja, eles controlam *a posteriori* a atividade do tribunal em matéria de recursos repetitivos e dão a última palavra acerca do assunto (art. 1.037, § 1º, do CPC).

A deflagração do julgamento *por amostragem* no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, naturalmente, não exige qualquer ato ou chancela por parte dos tribunais recorridos. Basta que o relator de um recurso extraordinário ou especial tome as medidas previstas nos arts. 1.036 e segs. do CPC, começando pela seleção dos recursos repetitivos (§ 5º). Todavia, no contexto dessas medidas, o relator pode solicitar o auxílio dos tribunais recorridos na seleção e no encaminhamento de recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, III, do CPC), o que parece mais do que recomendável para o bom retrato do litígio repetitivo.

Por fim, a instauração do julgamento *por amostragem* não requer iniciativa de qualquer das partes. Mesmo que nenhum sujeito parcial de uma relação jurídica processual requeira um julgamento nos moldes dos arts. 1.036 e segs. do CPC, este poderá ter lugar. Basta que o órgão competente do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou de um tribunal *a quo* tome oficiosamente as medidas necessárias. Aliás, pode-se dizer que os tribunais estão obrigados a tomar tais medidas nas situações em que se fizerem presentes os requisitos para o julgamento *por amostragem*. Daí poder-se falar também em um direito ao julgamento *por amostragem*, exigível pela parte, na medida em que ele se amolda ao ideal de processo tempestivo, econômico, efetivo e previsível.

194. Seleção dos recursos repetitivos

A seleção dos recursos repetitivos insere-se no contexto de cuidado e equilíbrio mencionado anteriormente (*supra*, n. 192). Afinal, são dos autos dos recursos selecionados que se extrairão os elementos para o julgamento paradigmático da controvérsia repetitiva, a ser replicado nos processos semelhantes. Estes ficam sobrestados e há até previsão para sua devolução à instância de origem (*infra*, n. 195); seu material simplesmente não é levado em conta no tal julgamento paradigmático. Por isso, é preciso fazer chegar aos Tribunais de Superposição processos com todos os argumentos fáticos e jurídicos necessários à ampla e precisa compreensão da questão de direito em debate e do litígio ao qual ela está atrelada.²⁹⁷ Assim, deve-se levar em conta na atividade seletiva não só a petição do recurso extraordinário ou especial, mas também outras peças relevantes do processo, como o acórdão recorrido e as contrarrazões ofertadas ao recurso extraordinário ou especial. Daí ser conveniente pinçar um recurso em razão da qualidade da própria peça recursal, outro recurso em virtude da excelência das contrarrazões, mais um recurso por desafiar acórdão com riqueza de fundamentos etc.²⁹⁸

297 Seguem ponderações de ANTONIO DO PASSO CABRAL acerca do assunto: “queremos propor dois vetores básicos para guiar a escolha da causa-piloto. O primeiro é a *amplitude do contraditório*. Sempre que houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente, deve-se rever ou corrigir a seleção do processo-teste. O segundo vetor de interpretação para a escolha da causa-piloto é *pluralidade e representatividade* dos sujeitos do processo originário. Isso porque, de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente. Assim, o próprio contraditório no incidente pode ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperienced, por exemplo” (“A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”, p. 210).

298 Cf. EDUARDO TALAMINI, “Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação”, p. 61.

Nada impede que recursos em sentidos opostos sejam selecionados, desde que a questão jurídica neles ventilada seja a mesma.²⁹⁹ Aliás, o encaminhamento de recursos em sentidos opostos nessas condições parece até recomendável, na medida em que colabora para a análise da questão de direito por diferentes ângulos. Tornando a exemplo dado em tópico antecedente (*supra*, n. 192), pode ser selecionado para o julgamento *por amostragem* um recurso do banco de defesa, dando a validade da cláusula contratual que permite a cobrança de juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano e um recurso do cliente postulando a invalidade da mesma cláusula.

Os arts. 1.036, § 6º, do CPC e 1º, § 1º, da Resolução n. 8/2008 do STJ trazem salutares diretrizes para a seleção dos recursos representativos da controvérsia. A primeira diretriz a ser observada consiste na seleção de “recursos admissíveis” (art. 1.036, § 1º, do CPC). Nada mais natural. Mesmo nos julgamentos orientados pelos arts. 1.036 e segs. do CPC, é preciso antes admitir o recurso para depois passar ao exame do seu mérito e consequentemente da idêntica questão de direito. Logo, recursos inadmissíveis são incapazes de levar adiante o julgamento *por amostragem*. Registre-se que o fato de um recurso ter sido selecionado para tal julgamento não o torna imune a ulterior juízo de admissibilidade. Se esse ulterior juízo de admissibilidade for negativo, cancela-se a afetação e aborta-se o julgamento *por amostragem*.

Outra diretriz para a seleção dos recursos representativos da controvérsia remete a “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, § 6º, do CPC). O § 1º do art. 1º da Resolução n. 8/2008 do STJ complementa essa diretriz: “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”. Registre-se que a escolha dos recursos deve se orientar não apenas pela quantidade, mas também pela qualidade dos fundamentos do acórdão e dos argumentos do recurso.³⁰⁰

Por fim, a interação harmoniosa entre os tribunais de origem e os Tribunais de Superposição na seleção dos recursos repetitivos é essencial para o bom retrato da controvérsia e consequentemente para o seu bom julgamento. Assim, o relator do recurso extraordinário ou especial deve cuidar tanto de agregar recursos por ele pinçados ao julgamento *por amostragem* deflagrado pelo tribunal *a quo*, nos termos do § 4º do art. 1.036 do CPC, quanto de requisitar aos

²⁹⁹ Cf. EDUARDO TALAMINI, “Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação”, p. 61; ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos*, n. 94.1.7.1, p. 863-864.

³⁰⁰ Cf. ANTONIO DO PASSO CABRAL, “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”, p. 212-213.

tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais a remessa de recurso representativo da controvérsia, quando ele próprio dá início a julgamento nos termos dos arts. 1.036 do CPC e segs. (art. 1.037, III, do CPC). Com as duas instâncias auxiliando na escolha dos recursos repetitivos, melhor será a fotografia do litígio e o seu consequente deslinde.

195. Suspensão dos processos repetitivos

Nos termos dos arts. 1.036, § 1º, e 1.037, II, do CPC, a deflagração do julgamento *por amostragem* deve vir acompanhada de ordem para a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, em que se faz presente a questão objeto dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos. A dimensão da ordem varia conforme a competência do julgador que a emite: se parte do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, fica circunscrita ao Estado ou região de sua jurisdição (art. 1.036, § 1º);³⁰¹ se parte do relator no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, tem eficácia nacional (art. 1.037, II). Considerando-se que esta deliberação do relator é parte integrante e necessária da *decisão de afetação* (novamente, art. 1.037, II), mais cedo ou mais tarde haverá no julgamento *por amostragem* pronunciamento com ampla eficácia territorial. A ideia é a de que a controvérsia repetitiva seja resolvida em todos os processos de forma semelhante, à luz do entendimento firmado pelos Tribunais de Superposição. Eis a razão pela qual esses processos são colocados em compasso de espera, por meio da suspensão.

A identificação no processo pendente da questão atrelada a julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, seu consequente enquadramento na ordem de suspensão e o dimensionamento dessa ordem ficam a cargo do juízo perante o qual ele tramita (art. 1.037, § 8º, do CPC). A exemplo do que já foi dito para fins de repercussão geral (*supra*, n. 190), se no processo existirem duas pretensões desvinculadas, sendo uma delas fundada na questão objeto do julgamento *por amostragem* e a outra fundada em questão autônoma e peculiar, o feito pode avançar para a apreciação desta, com a circunscrição da suspensão à primeira pretensão. Isso é reforçado pela possibilidade de fracionamento no julgamento da causa (arts. 354, parágrafo único, e 356 do CPC).

Como também já foi dito para fins de repercussão geral (*supra*, n. 190), a ordem de suspensão alcança todas as instâncias, abarcando desde os feitos em primeiro grau de jurisdição até outros recursos extraordinários ou especiais.

301 “A decisão proferida por autoridade local não pode ter eficácia nacional de forma a determinar a suspensão de processos semelhantes em todo o país” (STJ, 2ª Seção, Rcl 3.652, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 14/10/2009, DJ 4/12/2009).

O enquadramento de um recurso extraordinário ou especial nessa ordem de suspensão pode ser objeto de agravo interno (arts. 1.021 e 1.030, § 2º, do CPC) ou de requerimento para o levantamento da tal suspensão, sob o argumento de que o recurso é intempestivo, devendo, portanto, ser desde logo inadmitido (art. 1.036, 2º, do CPC),³⁰² ou de que o recurso funda-se em questão distinta da discutida no julgamento *por amostragem* (art. 1.037, §§ 9º e segs., do CPC).

O agravo interno se processa nos termos do art. 1.021 do CPC. Por sua vez, o requerimento para o levantamento da suspensão fundado na intempestividade é dirigido ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* ou ao relator do recurso extraordinário ou especial, conforme o estágio da tramitação do recurso, por simples petição, que comporta resposta do recorrente em cinco dias (art. 1.036, § 2º, do CPC). Se o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido indefere o pleito de intempestividade, cabe agravo interno (art. 1.036, § 3º, do CPC);³⁰³ se o acolhe, está-se diante de uma decisão de inadmissão do recurso extraordinário ou especial, fundada em ordinário juízo de admissibilidade, que desafia o agravo do art. 1.042 do CPC.³⁰⁴ Qualquer decisão do relator do recurso extraordinário ou especial acerca do pleito de intempestividade expõe-se a agravo interno (art. 1.021 do CPC). Por fim, o requerimento para o levantamento da suspensão com apoio na distinção é dirigido ao relator do acórdão recorrido ou ao relator do recurso extraordinário ou especial, conforme esse recurso esteja em trâmite no tribunal de origem ou nos Tribunais de Superposição (art. 1.037, § 10, III e IV, do CPC), igualmente por simples petição. Na sequência, abre-se prazo de cinco dias para resposta (art. 1.037, § 11, do CPC) e passa-se ao julgamento do requerimento, que desafia agravo interno qualquer que seja o seu resultado (art. 1.037, § 13, II, do CPC). Na hipótese de acolhimento desse requerimento, o recurso extraordinário ou especial volta a tramitar.

Por ocasião da deliberação acerca da suspensão de um recurso extraordinário ou especial repetitivo, é possível (*rectius*: obrigatório) pronunciar desde logo sua intempestividade, independentemente do requerimento pre-

³⁰² Em sentido ampliativo, consigna FLAVIO CHEIM JORGE: “apesar de o dispositivo (art. 1.036, § 2º) referir-se à tempestividade, não encontramos óbice a que o não conhecimento se dê também pela ausência de qualquer outro requisito de admissibilidade” (Comentários ao art. 1.036. In: *Código de Processo Civil anotado*, p. 1.631).

³⁰³ Na redação original do Código de Processo Civil dada pela Lei n. 13.105/2015, o recurso previsto no § 3º do art. 1.036 era o agravo do art. 1.042. Porém, a Lei n. 13.256/2016 conferiu nova redação a esse dispositivo legal e passou a prever o agravo interno como o recurso a ser interposto contra o indeferimento do requerimento de intempestividade.

³⁰⁴ Para FLAVIO CHEIM JORGE, essa decisão seria impugnável por agravo interno (cf. Comentários ao art. 1.036. In: *Código de Processo Civil anotado*, p. 1.631).

visto no § 2º do art. 1.036 do CPC (*supra*, n. 177). Assim, mesmo de ofício, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* inadmitir o recurso extraordinário ou especial intempestivo, por decisão impugnável pelo art. 1.042 do CPC. Diga-se o mesmo para o relator do recurso extraordinário ou especial, cuja respectiva decisão monocrática expõe-se a agravo interno (art. 1.021 do CPC).

Por fim, os arts. 328, parágrafo único, do RISTF e 2º da Resolução n. 17/2013 do STJ autorizam a presidência dos Tribunais de Superposição a devolver aos tribunais e às turmas de juizado especial de origem os recursos repetitivos não selecionados para o julgamento *por amostragem*.

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I – identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III – poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

§ 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º.

§ 2º (Revogado pela Lei n. 13.256/2016)

§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do *caput*.

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 5º (Revogado pela Lei n. 13.256/2016)

§ 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036.

§ 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do *caput* contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do *caput*.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

- I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;
- II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;
- III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;
- IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

- I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;
- II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

- I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;
- II – agravo interno, se a decisão for de relator.

CPC de 1973 – arts. 543-B e 543-C

196. Providências preliminares e decisão de afetação

Quer tenha o relator no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça recebido recursos selecionados pelo tribunal recorrido (art. 1.036, § 1º, do CPC), quer tenha ele próprio diagnosticado a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (art. 1.036, § 5º, do CPC), a primeira providência a ser tomada é a investigação da sua admissibilidade. Afinal, recursos inadmissíveis são imprestáveis para o *julgamento por amostragem* (art. 1.036, § 6º, do CPC). Se não houver diante de si qualquer recurso admissível, tudo o que resta ao relator é abortar tal julgamento, inadmitir monocraticamente todos os recursos (art. 932, III, do CPC) e, caso o tribunal recorrido tenha sido o responsável pela seleção destes, comunicar seu presidente ou vice-presidente para a revogação da ordem de suspensão dos

processos (art. 1.037, § 1º, do CPC). Já se a inadmissibilidade não atingir todos os recursos pendentes com o relator e houver número suficiente para levar adiante o julgamento *por amostragem*, este segue adiante, sempre com os recursos admissíveis.

Verificada a admissibilidade dos recursos selecionados, deve o relator então investigar se estão efetivamente presentes os requisitos para o julgamento *por amostragem*. Uma vez constatada a inexistência de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, também deve ser abortado o procedimento previsto nos arts. 1.036 e segs. do CPC, com eventual comunicação para o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem (art. 1.037, § 1º, do CPC). Nessas circunstâncias, os recursos extraordinários ou especiais admissíveis não deixam de seguir adiante, mas sua marcha não mais é orientada pela técnica do julgamento *por amostragem*; passam a tramitar como um outro recurso extraordinário ou especial qualquer.

Diagnosticada a existência de múltiplos recursos admissíveis com fundamento em idêntica questão de direito, deve então o relator proferir “decisão de afetação” (art. 1.037, *caput*, do CPC). São requisitos dessa decisão a *precisa identificação da questão repetitiva* (art. 1.037, I) e a *determinação de suspensão de todos os processos* individuais ou coletivos fundados na referida questão em trâmite em todo o território nacional, em qualquer instância (art. 1.037, II). Essa precisa identificação da questão repetitiva é importantíssima para a sua correta detecção em outros processos, considerando-se os sensíveis impactos do julgamento *por amostragem* sobre estes, não só em razão da referida suspensão, mas também em razão da definição da sua sorte à luz do precedente formado no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça.

A solicitação de remessa de recurso representativo da controvérsia aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais (art. 1.037, III) não chega a ser um requisito da decisão de afetação, isto é, não consiste em providência obrigatória,³⁰⁵ mas se trata de algo mais do que recomendável, como já dito, para o melhor retrato possível da controvérsia repetitiva (*supra*, n. 193 e 194). No contexto dos esforços para esse melhor retrato possível da controvérsia repetitiva, vale lembrar também das medidas arroladas nos incisos do art. 1.038 do CPC, quais sejam, a admissão de *amicus curiae* (inciso I), a realização de audiência pública (inciso II) e a requisição de informações aos tribunais inferiores (inciso III) (*infra*, n. 199 a 201).

A publicação da decisão de afetação torna o seu prolator prevento para capitanear o julgamento *por amostragem* (art. 1.037, § 3º, do CPC). Tal publicação

305 Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos*, n. 94.2.2, p. 872.

faz deflagrar o prazo de um ano para o julgamento dos recursos afetados, com "preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*" (art. 1.037, § 4º, do CPC). Na redação original do Código de Processo Civil dada pela Lei n. 13.105/2015, havia § 5º no art. 1.037 do CPC com o seguinte teor: "não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do *caput*, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal". Esse § 5º foi revogado pela Lei n. 13.256/2016, que assim retirou obstáculo temporal para o seguimento adiante do julgamento *por amostragem*.

O desatento legislador esqueceu-se de adaptar o subsequente § 6º do art. 1.037 do CPC à realidade emergente da Lei n. 13.256/2016. Eis o teor desse § 6º, que continua a contemplar o revogado § 5º: "ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036". Para emprestar alguma utilidade a esse dispositivo legal, rememora-se que o julgamento *por amostragem* pode ser abortado em razão da inexistência de múltiplos recursos admissíveis fundados em idêntica questão de direito (*supra*, n. 192 e 194). Assim, quando esse fim prematuro acontecer, fica o lembrete do § 6º do art. 1.037, no sentido de que novo julgamento com essas características pode ser a qualquer momento deflagrado, desde que identificadas as condições necessárias para tanto. Não há razão para se tomar ao pé da letra aqui a expressão "outro relator do respectivo tribunal superior" (art. 1.037, § 6º): o próprio relator responsável pelo julgamento abortado e qualquer presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal pode dar início a um novo procedimento semelhante.

Vale registrar que o § 7º do art. 1.037 do CPC determina que na apreciação dos recursos extraordinários ou especiais selecionados para o julgamento *por amostragem* em primeiro lugar se decida a questão repetitiva objeto da afetação e num segundo momento se decidam as demais questões presentes em cada peça recursal, sempre com a lavratura de um acórdão próprio para cada processo. Inicialmente, chama a atenção aqui que mesmo questões não repetitivas são enfrentadas no âmbito do julgamento *por amostragem*. Não há cisão no julgamento dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, com parte das questões sendo apreciadas numa sede e o restante das questões noutra sede; todos os temas existentes em cada recurso selecionado para o julgamento *por amostragem* são enfrentados no contexto deste, ainda que parte deles não se repita noutros processos.

O comando do § 7º do art. 1.037 do CPC não desnatura a relação existente entre as questões presentes em cada recurso nem interfere na ordem

do seu enfrentamento; a prioridade no julgamento da questão repetitiva é, sobretudo, para a fixação da tese que orientará o desfecho dos processos similares. Não é à toa que se exige a lavratura de um acórdão por recurso julgado. A ideia é a de que se coloque em evidência a tal tese fixada e posteriormente se resolvam as questões existentes em cada processo, na devida sequência lógica. Assim, por exemplo, conforme o sentido em que se resolver uma questão preliminar própria de um dos recursos repetitivos, a questão objeto da afetação pode ficar esvaziada no caso concreto, não obstante fique constando do acórdão em que sentido ela seria resolvida.

Por fim, observe-se que o § 7º do art. 1.037 do CPC se aplica para todos os recursos selecionados para o julgamento *por amostragem*, não ficando circunscrito aos “recursos requisitados na forma do inciso III do *caput*”, como sugere a leitura fria do seu texto.

197. Suspensão dos processos repetitivos

Como já dito, de acordo com os arts. 1.036, § 1º, e 1.037, II, do CPC, a deflagração do julgamento *por amostragem* deve vir acompanhada de ordem para a suspensão de todos os processos pendentes em que se faz presente a questão objeto dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos (*supra*, n. 195). Como também já dito, nos termos do § 8º do art. 1.037 do CPC, a identificação em cada processo da questão repetitiva objeto da afetação, seu consequente enquadramento na ordem de suspensão e o dimensionamento dessa ordem ficam a cargo do juízo perante o qual ele tramita (*supra*, n. 195). Como igualmente já dito, se no processo existirem duas pretensões desvinculadas, sendo uma delas fundada na questão repetitiva e a outra fundada em questão autônoma e peculiar, o feito pode avançar para a apreciação desta, com a circunscrição da suspensão à primeira pretensão, inclusive em razão da possibilidade de fracionamento no julgamento da causa (arts. 354, parágrafo único, e 356 do CPC) (*supra*, n. 195).

Diante de uma decisão de suspensão do processo com fundamento na deflagração do julgamento *por amostragem*, são possíveis reações distintas, conforme a fase procedimental. Se o processo está em fase de recurso extraordinário ou especial, é possível a interposição de agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC) ou a formulação de requerimento para o levantamento dessa suspensão, sob o argumento da intempestividade do recurso (art. 1.036, § 2º, do CPC) ou da distinção (art. 1.037, §§ 9º e segs., do CPC). Se o processo está em fase anterior, o legislador disponibiliza apenas o requerimento de distinção.

198. Arguição de distinção para levantamento da suspensão

A decisão de suspensão de um processo com fundamento na presença da questão repetitiva objeto da afetação (art. 1.037, § 8º, do CPC) pode ser colocada em discussão por qualquer das partes, sob o argumento de que, na verdade, tal questão não se faz presente no caso concreto, isto é, as questões existentes no feito são *distintas* daquela (art. 1.037, § 9º, do CPC).

Referida discussão apoiada na *distinção* é instaurada por simples petição, endereçada ao juiz, “se o processo sobrestado estiver em primeiro grau” (art. 1.037, § 10, I, do CPC) ou ao relator no tribunal de origem ou nos Tribunais Superiores, nos demais casos (art. 1.037, § 10, II a IV, do CPC). Segue-se a essa petição a abertura de prazo de cinco dias para manifestação da parte contrária (art. 1.037, § 11, do CPC) e passa-se ao julgamento do requerimento de distinção. Se esse requerimento é acolhido, a marcha procedimental é destrancada e o processo segue adiante do ponto em que havia parado, como se nada tivesse acontecido (art. 1.037, § 12, do CPC). Já se tal requerimento é negado, a suspensão do processo é simplesmente mantida.

O inciso II do § 12 do art. 1.037 do CPC comporta algumas considerações. Visto que nas situações de recurso extraordinário ou especial suspenso no tribunal de origem a ordem de suspensão e o exame do requerimento de distinção competem a julgadores distintos – aquela cabe ao presidente ou vice-presidente e este ao relator do acórdão recorrido –, é preciso que o deferimento desse requerimento seja comunicado a quem determinara tal suspensão. Diante dessa comunicação, compete ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem proceder em conformidade com o art. 1.030 do CPC, com destaque para o seu inciso V, que determina a realização do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial antes do seu encaminhamento aos Tribunais Superiores. O presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido não pode insistir na suspensão nessas circunstâncias; deve respeitar o julgamento do requerimento de distinção.

Note-se que o texto do inciso II do § 12 do art. 1.037 do CPC não reflete esse estado de coisas, na medida em que não acompanhou as mudanças trazidas pela Lei n. 13.256/2016 ao Código de Processo Civil. O texto desse inciso II fala do simples encaminhamento do recurso extraordinário ou especial destrancado “ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único”. Como é cediço, a Lei n. 13.256/2016 resgatou o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial pelo tribunal recorrido, ausente na redação original do Código de Processo Civil dada pela Lei n. 13.105/2015. Registre-se que a Lei n. 13.256/2016 colocou no lugar do final do parágrafo único do art. 1.030 cinco incisos, cinco alíneas e dois parágrafos. E lamentavelmente esqueceu-se de adaptar o inciso II do § 12 do art. 1.037 a

essa nova realidade. Aliás, esse é o segundo caso de referência a dispositivo legal inexistente apenas no texto do art. 1.037!³⁰⁶ Nem o legislador parece se encontrar no emaranhado de parágrafos, incisos e alíneas que ele próprio criou no Código de Processo Civil...

Independentemente do resultado do julgamento do requerimento de distinção, o § 13 do art. 1.037 do CPC disponibiliza contra ele os seguintes recursos: “agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau” (inciso I); “agravo interno, se a decisão for de relator” (inciso II).

Por fim, consigne-se que não há prazo para a formulação do requerimento de distinção. Enquanto suspenso o processo à espera do fim do julgamento por amostragem, esse requerimento é possível.³⁰⁷ Ademais, mesmo que tal requerimento não seja apresentado, é possível a ulterior discussão da distinção por ocasião da aplicação prática da tese firmada no acórdão paradigma (arts. 1.039 e 1.040 do CPC).

Art. 1.038. O relator poderá:

I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

II – fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III – requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

§ 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.

§ 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. (Redação dada pela Lei n. 13.256/2016)

CPC de 1973 – arts. 543-A e 543-C

306 O primeiro está no § 6º do art. 1.037 do CPC, que faz referência ao revogado § 5º.

307 Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR “o requerimento em questão não é cabível logo em seguida à decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal local que provoca a retenção dos diversos recursos de objeto igual, mas, apenas depois que o processamento dos recursos paradigma sob regime repetitivo vem a ser admitido pelo relator no STF ou no STJ. Isto porque, só após o despacho de afetação, no Tribunal Superior, é que se fixa com precisão a questão a ser submetida a julgamento” (*Curso de direito processual civil*, v. III, n. 845, p. 1.141).

199. *Amicus curiae*

A exemplo do que foi dito nos comentários a respeito da repercussão geral (*supra*, n. 189), o julgamento dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos influirá nos rumos dos demais processos em que se faz presente a questão repetitiva objeto da afetação (arts. 1.039 e 1.040 do CPC). Assim, nada mais natural que se admita no procedimento instaurado para o julgamento por amostragem “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno” (art. 1.038, I, do CPC). Isso contribui para o melhor trato possível da controvérsia repetitiva, na medida em que tal manifestação tem por objetivo fornecer subsídios para o bom julgamento da causa.

Também a exemplo do que foi dito nos comentários a respeito da repercussão geral (*supra*, n. 189), o espaço para a participação do *amicus curiae* no contexto do julgamento por amostragem deve ser calculado. Apenas as intervenções efetivamente úteis devem ser permitidas, sob pena de se eternizar um procedimento que clama por rapidez. É pertinente considerar para a utilidade da manifestação o comando genérico do art. 138 do CPC, no sentido da “representatividade adequada” do *amicus curiae*. Do ponto de vista objetivo, determina o inciso I do art. 1.038 do CPC que se considere a relevância da matéria para a avaliação da pertinência da intervenção do *amicus curiae*. Essa relevância da matéria merece atenção especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a repercussão geral é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (arts. 102, § 3º, da CF, e 1.035, *caput*, do CPC).³⁰⁸

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não chega a disciplinar especificamente a participação do *amicus curiae* no julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. Trata apenas da sua intervenção para fins da análise da repercussão geral (art. 323, § 3º, do RISTF).

Por sua vez, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça cuida do tema apenas no art. 65-B, quando dispõe que “o relator do recurso especial repetitivo poderá autorizar manifestação da Defensoria Pública na condição de *amicus curiae*”. Isso se afina com o *caput* do art. 134 da CF, que diz ser a Defensoria Pública “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica” e “a promoção dos direitos humanos”.

³⁰⁸ Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “sindicatos, associações, órgãos públicos e até pessoas físicas ou jurídicas privadas poderão habilitar-se como *amicus curiae*, desde que demonstrem algum interesse no julgamento do especial submetido ao regime do art. 1.036. O interesse, aqui, não é o jurídico em sentido técnico. A intervenção se justifica à base de qualquer interesse, inclusive o econômico, o moral, o social, o político, desde que sério e relevante” (*Curso de direito processual civil*, v. III, n. 848, p. 1.148).

É na Resolução n. 8/2008 do STJ que o Superior Tribunal de Justiça cuida com maior profundidade do assunto, ao dispor no inciso I do seu art. 3º que o relator “poderá 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”. Esse prazo quinzenal não deve ser tratado de forma inflexível, sobretudo, quando complexo o tema submetido ao julgamento *por amostragem*, mas não deve prejudicar a marcha procedimental, visto que, como já dito, o procedimento aqui clama por rapidez. Após a remessa de “cópia do relatório aos demais ministros” (art. 1.038, § 2º, do CPC) e a consequente liberação do processo para inclusão em pauta, não há brecha para novas intervenções no processo, pois isso implicaria retrocesso na marcha procedimental.³⁰⁹

Por fim, cabe registrar que não existem no contexto do julgamento por *amostragem* dispositivos com o teor dos arts. 1.035, § 4º, do CPC e 323, § 3º, do RISTF, que exigem “procurador habilitado” para a viabilidade da participação do *amicus curiae* nos debates em torno da repercussão geral. Parece adequado aqui um tratamento bipartido, conforme a intervenção do *amicus curiae* seja solicitada pelo juiz ou espontânea: para a participação solicitada, dispensa-se a capacidade postulatória, ante o seu caráter exclusivamente colaborativo; para a participação espontânea, exige-se a capacidade postulatória, na medida em que a contribuição vem acompanhada de uma postulação, no sentido da sua admissão no processo.³¹⁰

200. Audiência pública

Outra providência que o relator pode tomar na salutar busca do melhor retrato possível da controvérsia repetitiva consiste na designação de *audiência pública* para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento” (art. 1.038, II, do CPC). É conveniente que a audiência seja fixada para data ulterior às programadas para a manifestação dos *amici curiae*, para a remessa pelos tribunais recorridos de recurso representativo da controvérsia e de informações acerca desta e para a manifestação do Ministério Público (art. 1.038, I e III). A

309 Nesse sentido: STJ, Corte Especial, REsp 1.143.677-EDcl, rel. Min. LUIZ FUX, j. 29/6/2010, DJ 2/9/2010. Na mesma linha, há precedente do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade: “o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta” (STF, Plenário, ADI 4.071-AgRg, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 22/4/2009, DJ 16/10/2009).

310 Para esse tratamento bipartido, cf. CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 553-556.

prévia reunião de elementos a respeito da questão repetitiva objeto da afetação contribuirá para a qualidade da oitiva dos *experts* na matéria. Todavia, tal data não pode ser muito distante, sob pena de se criar um entrave para a marcha procedimental.

201. Requisição de informações aos tribunais inferiores

Ainda no contexto da busca do melhor retrato possível da controvérsia repetitiva, o relator pode “requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia” (art. 1.038, III, do CPC).³¹¹ Lembre-se de que o relator também pode requisitar aos tribunais inferiores a remessa de recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, III, do CPC). Como já dito, a interação harmoniosa entre os tribunais de origem e os Tribunais de Superposição na seleção dos recursos repetitivos e na colheita de material para retratar a questão repetitiva objeto da afetação é essencial para o bom enfrentamento desta (*supra*, n. 193, 194 e 196). Os tribunais inferiores são os primeiros a ter contato com a controvérsia repetitiva e seu auxílio aqui é mais do que recomendável.

O prazo para que os tribunais inferiores respondam ao requerimento de informações do relator é de 15 dias (arts. 1.038, § 1º, do CPC e 3º, I, da Resolução n. 8/2008 do STJ), mas não deve ser tratado de forma inflexível. Porém, a marcha procedimental não fica travada à espera dessas informações. Uma vez transcorrido o referido prazo quinzenal, com ou sem as tais informações, o procedimento deve seguir adiante.

Para a maior agilidade no fluxo das informações, tanto a requisição quanto a resposta devem observar, sempre que possível, a forma eletrônica (art. 1.038, § 1º, do CPC).

202. Intimação do Ministério Público

Nos preparativos para o julgamento *por amostragem* é previsto que, após a requisição das informações aos tribunais inferiores, seja intimado o Ministério Público para que se manifeste a respeito da questão repetitiva objeto da afetação (art. 1.038, III, do CPC)³¹². Essa intimação do *Parquet* é obrigatória; não se trata aqui de mera prerrogativa do relator. Aliás, independentemente de haver ou não requisição de informações aos tribunais inferiores, a intimação do Ministério Público deve ter lugar.

Observe-se que o convite para o *Parquet* participar dos debates prévios ao julgamento *por amostragem* independe de a matéria em discussão estar

³¹¹ Semelhante disposição existe no inciso I do art. 3º da Resolução n. 8/2008 do STJ.

³¹² Semelhante disposição existe no inciso II do art. 3º da Resolução n. 8/2008 do STJ.

especificamente arrolada nos incisos do art. 178 do CPC. O fato de uma questão de direito se fazer presente em múltiplos processos significa que sua solução afetará um grande número de pessoas. No caso do recurso extraordinário, o requisito da repercussão geral amplifica a relevância do julgamento *por amostragem*. Daí a pertinência da participação nesse julgamento de uma instituição com vocação para a “defesa da ordem jurídica” (art. 127, *caput*, da CF).

O prazo para manifestação do Ministério Público é de 15 dias (art. 1.038, § 1º, do CPC) e não se dobra (art. 180, § 2º, do CPC). Esse prazo não é inflexível, mas o procedimento não fica em compasso de espera, no aguardo da fala do *Parquet*. Uma vez transcorrido o referido prazo quinzenal, o procedimento segue adiante, com ou sem a manifestação do Ministério Público.

203. Outras providências e julgamento

Nos termos do § 2º do art. 1.038 do CPC, “transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*”. Essa preferência, afinada com a celeridade que o julgamento *por amostragem* requer, é reforçada pelo *caput* do art. 4º da Resolução n. 8/2008 do STJ, que ainda prevê o seguinte no seu parágrafo único: “a Coordenadoria do órgão julgador extrairá cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, 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”.

Em matéria de recursos especiais repetitivos, o *caput* do art. 2º da Resolução n. 8/2008 do STJ assegura o seu julgamento sempre pelo órgão com máxima competência no Superior Tribunal de Justiça para o tema ali versado: “recebendo recurso especial admitido com base no art. 1º, *caput*, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção”. Isso confere maior autoridade, legitimidade e representatividade para o julgamento *por amostragem*. Em nenhuma hipótese o julgamento paradigmático é delegado a uma turma no Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há dispositivo com teor semelhante ao do *caput* do art. 2º da Resolução n. 8/2008 do STJ. Todavia, é da maior importância que o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos seja concentrado no Plenário. Como dito logo acima, isso confere maior autoridade, legitimidade e representatividade para o julgamento *por amostragem*. Afinal, havendo pronunciamento de apenas uma das turmas a respeito de um assunto, nada garante que os integrantes da outra turma e consequentemente

o Supremo Tribunal Federal considerado no seu todo tenham o mesmo entendimento externado naquele precedente. E essa simples dúvida é suficiente para comprometer a segurança e a previsibilidade buscadas com o julgamento *por amostragem*. Somente pronunciamentos do Plenário ou das suas duas turmas reúnem as características necessárias para a orientação de futuros julgamentos.

Não foi à toa que o Código de Processo Civil deixou de reproduzir em seu texto as disposições do § 4º do art. 543-A do CPC de 1973: “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”. Lembre-se, ainda, de que compete ao Plenário julgar “os processos remetidos pelas Turmas” (art. 6º, II, alínea b, do RISTF). E cabe ao relator e à turma remeter o feito ao Plenário (art. 11 do RISTF) “quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário” (art. 22, parágrafo único, alínea b, do RISTF). É exatamente esse o caso dos recursos extraordinários repetitivos, que, assim, devem ser sempre julgados pelo Plenário.

Tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos representativos da controvérsia no órgão colegiado se inicia com um novo e amplo exame dos seus requisitos de admissibilidade. Não há preclusão em torno do assunto. E os recursos extraordinários ou especiais repetitivos não ficam imunizados contra a inadmissão pelo simples fato de estarem insertos no contexto do julgamento *por amostragem*.³¹³ Ao contrário. O § 6º do art. 1.036 do CPC é expresso ao exigir a seleção apenas de recursos admissíveis.

É preciso, contudo, fazer uma ressalva nesse contexto. O parágrafo único do art. 998 do CPC dispõe expressamente que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”. Isso significa que o legislador relativiza a presença de um dos requisitos de admissibilidade dos recursos, relacionado com a existência de fato extintivo do poder de recorrer, no contexto do julgamento *por amostragem*.³¹⁴

³¹³ “A questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade” (STJ, 2ª Seção, REsp 1.061.530, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22/10/2008, DJ 10/3/2009).

³¹⁴ Lembre-se de que a desistência do recurso impede que o julgamento *por amostragem* produza efeitos no caso concreto; a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada noutros processos, mas não no feito em que se manifestou tal desistência, inclusive em respeito à coisa julgada (*supra*, n. 35).

...CIVIL V. XX

Todavia, para os demais requisitos de admissibilidade, não há qualquer relação que afaste a exigência da sua presença para a viabilidade da apreciação do mérito recursal.

Diagnosticada pelo órgão colegiado a inadmissibilidade dos recursos selecionados para o julgamento por *amostragem*, este é abortado, a exemplo do que ocorre nos casos em que tal inadmissibilidade é identificada já pelo relator, nos termos do § 1º do art. 1.037 do CPC.

Após a verificação da admissibilidade dos recursos, podem ser renovadas no órgão colegiado investigações acerca da efetiva existência de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia. Uma vez negada pelo órgão colegiado essa multiplicidade, também se aborta o procedimento previsto nos arts. 1.036 e segs. do CPC. Nessas circunstâncias, os recursos extraordinários ou especiais admissíveis não deixam de seguir adiante, mas seu julgamento não mais se orientará pelos referidos arts. 1.036 e segs.; eles serão julgados como um recurso extraordinário ou especial qualquer.

O exame do mérito dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, por si, não apresenta particularidades. O efeito devolutivo deve ser respeitado e matérias que não são objeto dos recursos selecionados para o julgamento por *amostragem* não podem ser enfrentadas no julgamento paradigmático. As questões não repetitivas são apreciadas juntamente com as repetitivas, em ordem compatível com a relação existente entre elas, malgrado a primazia na fixação da tese em torno das questões objeto da afetação (art. 1.037, § 7º, do CPC) (*supra*, n. 196).

Por fim, registre-se que, nos termos do art. 6º da Resolução n. 8/2008 do STJ, “a coordenadoria do órgão julgador expedirá ofício aos tribunais de origem com cópia do acórdão relativo ao recurso especial julgado na forma desta Resolução”. Isso auxiliará na replicação do julgamento paradigmático (art. 1.040 do CPC).

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

CPC de 1973 – arts. 543-B e 543-C

204. Rumos dos demais recursos nos Tribunais de Superposição

O *caput* do art. 1.039 do CPC cuida dos rumos dos demais recursos pendentes perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

em que se faz presente a idêntica questão de direito decidida no julgamento por amostragem, ao passo que o *caput* do art. 1.040 do CPC disciplina a sorte dos processos nas instâncias inferiores após esse julgamento.

Inicialmente, convém registrar que o julgamento por amostragem pode se encerrar com decisão no sentido da inadmissão dos recursos representativos da controvérsia³¹⁵ ou da ausência, por qualquer outro motivo, de requisitos para a aplicação prática dos arts. 1.036 e segs. do CPC. Nessas circunstâncias, os demais recursos pendentes perante os Tribunais Superiores simplesmente são destravados e seguem adiante para ordinário julgamento, sem que incidam as disposições do *caput* do art. 1.039 do CPC.

O comando do *caput* do art. 1.039 do CPC concretiza-se quando a questão repetitiva objeto da afetação é efetivamente resolvida no julgamento por amostragem. Nessas condições, o órgão colegiado competente para a apreciação dos demais recursos pendentes fundados na tal questão decidirá a sorte destes, em conformidade com a tese firmada no julgamento paradigmático.³¹⁶ Se o recurso atrita com essa tese, é declarado prejudicado; se o recurso se afina com a referida tese, é provido para que o resultado do processo espelhe o entendimento sedimentado no julgamento por amostragem. Lembre-se de que, consoante disposto no inciso III do art. 927 do CPC, devem ser observados “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”, ressalvada a possibilidade de revisão (art. 927, § 4º).³¹⁷

Para o juízo de conformação programado no *caput* do art. 1.039 do CPC não é preciso aguardar o trânsito em julgado nos processos objeto do julgamento por amostragem. Nos termos do referido dispositivo legal, basta a decisão dos recursos afetados, de modo que a replicação do julgamento paradigmático nos

³¹⁵ A inadmissão dos recursos extraordinários representativos da controvérsia com fundamento na ausência de repercussão geral tem disciplina própria, objeto do parágrafo único do art. 1.039 do CPC.

³¹⁶ A exigência de pronunciamento colegiado fica circunscrita aos recursos sobrestados; para recursos futuros, o julgamento monocrático fica autorizado, nos termos do art. 932, IV, alínea b, e V, alínea b, do CPC. Nesse sentido, cf. FLAVIO CHEIM JORGE, Comentários ao art. 1.039. In: *Código de Processo Civil anotado*, p. 1.642. Todavia, para DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES mesmo os recursos sobrestados podem ser julgados por decisão monocrática: “o dispositivo apenas indicou a competência do órgão colegiado para tal julgamento, não exigindo, entretanto, uma decisão colegiada. A hipótese é claramente de decisão monocrática do relator, recorrível por agravo interno, nos termos do art. 1.021, *caput*, do Novo CPC” (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1.770).

³¹⁷ “A jurisprudência deixou portanto de exercer mera influência no espírito dos aplicadores da lei e passou a integrar o conjunto normativo a ser considerado nos julgamentos” (CÂNDIDO DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 20, p. 43).

Tribunais de Superposição se faz possível já a partir da proclamação do seu resultado (art. 941 do CPC).³¹⁸ Considera-se aqui que os integrantes do tribunal encarregado do julgamento *por amostragem* participaram deste ou têm proximidade com a sua formação, a permitir sua reprodução antes mesmo da publicação do acórdão paradigmático.

Observe-se que por ocasião do juízo de conformação previsto no caput do art. 1.039 do CPC não ficam inibidas novas investigações em torno da tempestividade do recurso pendente ou da distinção entre a questão repetitiva objeto da afetação e a questão em que se funda o recurso pendente. A suspensão do recurso com fundamento no art. 1.037, II, do CPC não implica preclusão em torno desses temas, que permanecem vivos no processo. Uma vez identificada a intempestividade do recurso pendente, este é declarado inadmissível. Por sua vez, o diagnóstico de distinção entre os temas de um julgamento *por amostragem* e do recurso pendente faz com que este siga adiante para ordinário julgamento.

Pode acontecer de o recurso pendente no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça fundar-se em mais de uma questão e de parte destas não ser objeto de um julgamento *por amostragem*. Nessa hipótese, o recurso é julgado com atenção ao disposto no § 7º do art. 1.037 do CPC e à devida sequência lógica em que tais questões devem ser enfrentadas (*supra*, n. 196 e 204). É possível até que a replicação do julgamento paradigmático no caso fique esvaziada, por exemplo, conforme o sentido em que se resolver questão preliminar própria do recurso sob apreciação. Naturalmente, a solução das questões peculiares de cada recurso não se orienta pelo disposto no caput do art. 1.039 do CPC.

205. Falta de repercussão geral e seus desdobramentos

De acordo com o parágrafo único do art. 1.039 do CPC, uma vez decidido pelo Supremo Tribunal Federal que uma questão constitucional é carente de repercussão geral, os demais recursos extraordinários nela fundados “serão considerados automaticamente inadmitidos”. Essa inadmissão automática não pode ser tomada ao pé da letra. Afinal, é preciso um pronunciamento

318 “O pronunciamento definitivo acerca de uma matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia perfectibiliza-se com o desfecho do julgamento no Órgão Colegiado competente – seja alguma das Seções Especializadas, seja a própria Corte Especial –, isto é, com a proclamação do resultado durante a sessão, sendo que a publicação do aresto guarda como principal corolário a autorização para que os Tribunais de segunda instância retomem o exame dos feitos de acordo com a orientação consagrada por este STJ” (STJ, 1ª Seção, ED no REsp 794.079-AgRg, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 28/4/2010, DJ 10/5/2010).

CPC/2015, ARTS. 1.039 E 1.040

de inadmissão do recurso, a ser emitido pelo órgão jurisdicional perante o qual se encontra o recurso extraordinário.

Se o recurso extraordinário encontra-se no tribunal recorrido, cabe ao presidente ou vice-presidente pronunciar a sua inadmissão, com apoio no precedente do Supremo Tribunal Federal (arts. 1.030, I, alínea *a*, e 1.035, § 8º, do CPC). Por sua vez, estando o recurso extraordinário pendente no Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal concentra os pronunciamentos de inadmissão na "Presidência do Tribunal" e no "Relator(a) sorteado" (art. 327, *caput* e § 1º, do RISTF). Em qualquer dos casos, cabe *agravo interno* (arts. 1.030, § 2º, e 1.035, § 7º, do CPC), que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal rotula simplesmente como "agravo" (art. 327, § 2º, do RISTF).

Registre-se que não ficam interditadas por ocasião da replicação do pronunciamento negativo da repercussão geral novas atividades investigativas em torno da tempestividade do recurso extraordinário ou da distinção entre a questão constitucional declarada irrelevante e a questão constitucional em que se funda o recurso pendente. O reconhecimento da intempestividade implica a inadmissão do recurso e a constatação da distinção faz com que o recurso siga adiante.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

- I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;
 - II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;
 - III – os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;
 - IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.
- § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.
- § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.
- § 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

206. Rumos dos processos nas instâncias inferiores

Com a publicação do acórdão paradigmático – e não com a simples proclamação do resultado do correlato julgamento –, os órgãos jurisdicionais das instâncias inferiores devem apreciar os processos em que se faz presente a questão repetitiva objeto do julgamento *por amostragem*, à luz do entendimento firmado nos Tribunais de Superposição.

Convém lembrar de que, se o julgamento *por amostragem* não resultar no efetivo enfrentamento da questão repetitiva objeto da afetação (por exemplo, em razão da inadmissibilidade dos recursos selecionados), o art. 1.040 do CPC não tem aplicação prática e os processos suspensos são simplesmente destravados.

Encerrando-se o julgamento *por amostragem* com a fixação de uma tese pelos Tribunais de Superposição a ser replicada noutros processos, cabe ao presidente ou vice-presidente dos tribunais inferiores negar seguimento aos recursos extraordinários ou especiais que contrastem com tal tese (arts. 1.030, I, alínea b, e 1.040, I, do CPC). Quando o contraste se dá entre o acórdão objeto de recurso extraordinário ou recurso especial e o resultado do julgamento *por amostragem* nos Tribunais de Superposição, cabe ao órgão prolator daquele acórdão reexaminar o julgado, em juízo de retratação (arts. 1.030, II, e 1.040, II, do CPC). Se a retratação se efetiva, há uma verdadeira reviravolta no resultado do processo; o mesmo órgão julgador que prolatou o acórdão cassa este e o substitui por outro, alinhado com o entendimento dos Tribunais de Superposição. Nessa hipótese, é preciso atentar para a eventual existência no processo de outras questões a serem enfrentadas (art. 1.041, § 1º, do CPC). Por sua vez, se o órgão prolator do acórdão recorrido se recusa a se retratar, o recurso extraordinário ou especial é encaminhado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido aos Tribunais Superiores, desde que admissível (arts. 1.030, V, alínea c, e 1.041, *caput*, do CPC).

Tanto no contexto da negativa de seguimento do recurso extraordinário ou especial (art. 1.040, I, do CPC) quanto no momento em que encaminha o processo para o prolator do acórdão recorrido para fins de retratação (art. 1.040, II, do CPC), pode o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido investigar a tempestividade do recurso ou a distinção entre a questão objeto do julgamento *por amostragem* e a questão objeto do recurso. Uma vez detectada a intempestividade, inadmite-se o recurso. Por sua vez, diagnosticada a distinção, o recurso admissível deve ser encaminhado aos Tribunais de Superposição. Já o órgão prolator do acórdão recorrido pode apenas negar a retratação, em razão da intempestividade ou da distinção, mas seu pronunciamento não implica a inadmissão do recurso extraordinário ou especial nem retira

este definitivamente da área de incidência do julgamento *por amostragem*. Como dito logo acima, o juízo negativo de retratação implica apenas o retorno do processo para o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, a fim de que o recurso admissível seja encaminhado para os Tribunais de Superposição (arts. 1.030, V, alínea c, e 1.041, *caput*, do CPC).

É pertinente fazer referência aqui ao disposto no § 2º do art. 1.041 do CPC: "quando ocorrer a hipótese do inciso II do *caput* do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões". O espírito dessas disposições se aplica também à hipótese do inciso I do art. 1.040 do CPC, isto é, havendo no recurso extraordinário ou especial outras questões além daquela que atrita com o resultado do julgamento *por amostragem*, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* examinar a admissibilidade da parcela do recurso não afetada por esse julgamento e, conforme o caso, remeter os autos do processo aos Tribunais de Superposição.

Consigne-se que a negativa de seguimento do recurso extraordinário ou especial com amparo no arts. 1.030, I, alínea b, e 1.040, I, do CPC é impugnável por agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC). Por sua vez, a efetiva retratação com fundamento nos arts. 1.030, II, e 1.040, II, do CPC faz surgir um novo acórdão de única ou última instância, impugnável por igualmente novo recurso extraordinário ou especial (arts. 102, III, e 105, III, da CF), por exemplo, para que se pronuncie a intempestividade do anterior recurso extraordinário ou especial, até o momento ignorada.

Para os processos em que não há recurso extraordinário ou especial pendente, o juízo perante o qual tramita o feito, em primeira ou em segunda instância, cuida de enfrentar a questão repetitiva objeto do julgamento *por amostragem* à luz do entendimento firmado nos Tribunais de Superposição (art. 1.040, III, do CPC). Em primeira instância, é preciso diagnosticar se o respectivo pedido já está pronto para ser julgado. Em caso negativo, o processo é simplesmente destravado, mas cabe ao juiz, no momento do julgamento do tal pedido, replicar o acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.³¹⁹ Em segunda instância, o julgamento do recurso pendente deve refletir o resultado do julgamento *por amostragem*. Tanto em

³¹⁹ Cf. FLAVIO CHEIM JORGE, Comentários ao art. 1.040. In: *Código de Processo Civil anotado*, p. 1.645.

primeira quanto em segunda instância há espaço para se reconhecer a distinção entre o tema enfrentado nos Tribunais de Superposição e o tema presente no processo pendente de julgamento, o que retira o processo da área de incidência do acórdão paradigmático. E em segunda instância é possível, ainda, declarar a intempestividade do recurso pendente, o que esvazia no caso a aplicação do precedente firmado pelos Tribunais Superiores.

Os recursos cabíveis contra o juízo de conformação emitido com fundamento no inciso III do art. 1.040 do CPC dependem da natureza do pronunciamento emitido e da instância em que o processo se encontra. Em primeira instância, versando esse juízo sobre o *meritum causae* e sendo objeto de decisão interlocutória, desafia a interposição de agravo de instrumento (arts. 356, § 5º, e 1.015, II, do CPC); se estiver contido em sentença, é impugnável por apelação (art. 1.009, *caput*, do CPC). Por sua vez, em segunda instância, o juízo de conformação feito pelo relator é recorrível por agravo interno (art. 1.021 do CPC) e o feito por órgão colegiado é atacável por recurso extraordinário ou especial (arts. 102, III, e 105, III, da CF).

Como já dito, o decreto pelo Supremo Tribunal Federal da falta de repercussão geral de uma determinada questão constitucional conduz à inadmissão de todo e qualquer recurso extraordinário nela fundado (art. 1.039, parágrafo único, do CPC). Todavia, esse decreto não interfere na sorte dos processos pendentes de apreciação em primeira ou segunda instância, que serão objeto de ordinário julgamento.

Por fim, relembre-se de que, consoante disposto no inciso III do art. 927 do CPC, os juízes e os tribunais devem observar “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”, ressalvada a possibilidade de revisão (art. 927, § 4º). Comportamento em desacordo com esse comando legal, após o esgotamento das instâncias ordinárias, autoriza a oferta de reclamação, nos termos do inciso II do § 5º do art. 988 do CPC.³²⁰

207. Desistência da demanda em primeira instância

Os parágrafos do art. 1.040 do CPC cuidam da desistência da demanda em curso na primeira instância quando nela se faz presente a questão repetitiva que levou à deflagração do julgamento *por amostragem*. Há pouca inovação na sua disciplina, no confronto com a regulação da desistência da demanda para a generalidade dos casos. A mais evidente é a *desnecessidade de consentimento do*

320 Cf. CÂNDIDO DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 171, p. 224-225.

réu para a desistência após a oferta da contestação (art. 1.040, § 3º, do CPC), exigida na regra geral (art. 485, § 4º, do CPC).

A outra inovação cuida dos custos do processo quando a desistência é manifestada antes da contestação: “a parte ficará isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência” (art. 1.040, § 2º, do CPC). Se já houver pago custas, a parte tem direito a ser ressarcida pelo Estado. E, se a desistência precoce for parcial, a isenção será proporcional (argumento do art. 90, § 1º, do CPC).

No mais, nada há de diferente no texto dos parágrafos do art. 1.040 do CPC, em comparação com o texto dos arts. 90, *caput* e § 1º, e 485, § 5º, do CPC. Se a desistência da demanda ocorre depois da resposta do réu, são devidas pelo autor “as despesas e os honorários” (art. 90, *caput*). Se a desistência ulterior à resposta for parcial, “a responsabilidade pelas despesas e os honorários será proporcional” (art. 90, § 1º). Não se admite a desistência após a publicação da sentença (arts. 485, § 5º, e 1.040, § 1º, do CPC).

208. Comunicação na esfera administrativa

O inciso IV do art. 1.040 do CPC dispõe que, se o julgamento *por amostragem* versar sobre “questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”. A ideia desse inciso IV é estimular que as pessoas pautem seus comportamentos fora do processo pelo entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores, a fim de prevenir litígios que certamente acabariam levando à instauração de mais processos judiciais, cujo desfecho seria mais do que previsível. Assim, referido inciso IV acaba prestando relevante contribuição para o descongestionamento do Poder Judiciário, na medida em que os serviços objeto de concessão, permissão ou autorização são fonte inesgotável de conflitos repetitivos, considerando o grande número de pessoas envolvidas no seu contexto.

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do *caput* do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a

remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.
(Redação dada pela Lei n. 13.256/2016)

CPC de 1973 – arts. 543-B e 543-C

209. Juízo de retratação negativo

Como já dito nos comentários ao art. 1.040 do CPC, com a publicação do acórdão paradigma alinhado com a tese recursal, o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido deve encaminhar o processo para o órgão judicial que prolatou o acórdão recorrido a fim de que ele proceda ao juízo de retratação (*supra*, n. 206). Como também já dito nesses mesmos comentários, os juízes e tribunais devem observar acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III, do CPC), ressalvada a possibilidade de revisão (art. 927, § 4º). Chama-se a atenção, também, para a possibilidade de avaliação, por ocasião do juízo de retratação, da tempestividade do recurso extraordinário ou especial e da existência de distinção entre a questão objeto do julgamento *por amostragem* e a questão objeto do referido recurso (*supra*, n. 206).

Nessas condições, é possível que o juízo de retratação seja negativo, malgrado se trate de algo excepcional.³²¹ Quando se negar a se retratar, cabe ao órgão julgador prolator do acórdão recorrido devolver os autos do processo para o presidente ou o vice-presidente, para que este cuide da remessa dos recursos admissíveis para os Tribunais Superiores (arts. 1.030, V, alínea c, e 1.041, *caput*, do CPC).³²² Sendo os recursos remetidos aos Tribunais de Superposição, eles podem ser objeto de julgamento monocrático (arts. 932, V, alínea b, 21, § 1º, do RISTF, 255, § 4º, III, do RISTJ, 5º, II, da Resolução n. 8/2008 do STJ e 1º, II,

321 A negativa de retratação apoiada na intempestividade do recurso extraordinário ou especial ou na distinção afigura-se legítima. Também é legítima a negativa de retratação devidamente fundamentada em argumentos não considerados no precedente qualificado e paradigmático, justificadores da sua revisão. Para as demais situações, valem as considerações de LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO: “tendo em conta a função de outorga de unidade ao direito reconhecida ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de racionalização da atividade judiciária e o direito fundamental à duração razoável do processo, o tribunal de origem não pode recusar a aplicação do precedente ao caso concreto, porque aí estará simplesmente negando o seu *dever de fidelidade* ao direito” (*Curso de processo civil*, v. 2, p. 568).

322 Não se compreende a referência no *caput* do art. 1.041 do CPC ao “art. 1.036, § 1º”. O julgamento *por amostragem* já chegou ao fim, e esse § 1º do art. 1.036 do CPC cuida das medidas voltadas para a sua deflagração. A remissão que deveria constar do final do art. 1.041 é ao art. 1.030, V, alínea c, do CPC.

da Resolução n. 17/2013 do STJ). E o recorrente pode paralelamente lançar mão de reclamação nessas circunstâncias (art. 988, § 5º, II, do CPC).³²³

210. Juízo de retratação positivo

Na hipótese de o órgão prolator do acórdão recorrido retratar-se diante do julgado paradigmático, proferindo novo acórdão que cassa e substitui aquele primeiro, ele deve investigar se essa reviravolta no resultado do processo torna necessária a apreciação de alguma outra questão existente no feito. Por exemplo, se o acatado acórdão paradigma reconhece a responsabilidade objetiva de certa pessoa, negada num primeiro momento pelo órgão prolator do acórdão recorrido para julgar improcedente a demanda indenizatória, é preciso passar ao dimensionamento do *quantum debeatur*, em razão do acolhimento da pretensão anteriormente rechaçada.

Lembre-se de que o acórdão resultante do juízo de retratação tem natureza de pronunciamento de única ou última instância e desafia novos recursos extraordinário e especial (CF, arts. 102, III, e 105, III).³²⁴

211. Recursos com questão fora do julgamento *por amostragem*

Como já dito nos comentários ao art. 1.040 do CPC, o comando do § 2º do art. 1.041 do CPC, no sentido de que se examine em ordinário juízo de admissibilidade a eventual parcela do recurso extraordinário ou especial fundada em questão outra que a questão repetitiva objeto do julgamento *por amostragem*, aplica-se não só aos recursos em conformidade com o acórdão paradigma (art. 1.040, II, do CPC), mas também aos recursos em atrito com o julgado paradigmático (art. 1.040, I, do CPC) (*supra*, n. 206). Assim, sempre que o recurso extraordinário ou especial se fundar em mais de uma questão e uma delas escapar da área de incidência do julgamento *por amostragem*, a correspondente parcela do recurso deve ser objeto de ordinário juízo de admissibilidade (arts. 1.030, V, alínea *a*, e 1.041, § 2º, do CPC). Uma vez reconhecida a admissibilidade do recurso no que diz respeito a tal parcela, os autos do processo são remetidos a instância superior.

³²³ Cf. CÂNDIDO DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 171, p. 224-225.

³²⁴ Cf. FLAVIO CHEIM JORGE, Comentários ao art. 1.041. In: *Código de Processo Civil anotado*, p. 1.647. A esse respeito, ainda, pondera CASSIO SCARPINELLA BUENO: “de acordo com o § 1º, realizado o juízo de retratação, compete ao tribunal de origem decidir as demais questões ainda não decididas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração de entendimento. (...) E mais: não há como impedir que desse novo julgamento, que não infirma nem quer infirmar o que STF ou STJ já decidiu, caibam novos recursos, extraordinário ou especial, consoante o caso, para contrastar aquilo que traz de novidade” (*Manual de direito processual civil*, p. 660).