

REVISTA DE PROCESSO

Ano 39 • vol. 231 • maio / 2014

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

CONSELHO INTERNACIONAL – Alan Uzelac (Croácia), Álvaro Pérez Ragone (Chile), Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Christoph A. Kern (Alemanha/Suíça), Dmitry Maleshin (Rússia), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Oteiza (Argentina), Emmanuel Jeuland (França), Federico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Georgios Orfanidis (Grécia), Hanns Prütting (Alemanha), Héctor Fix-Zamudio (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), Joan Picó i Junoy (Espanha), José Lebre de Freitas (Portugal), Linda Mullenix (USA), Loïc Cadiet (França), Lorena Bachmaier Winter (Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Nikolaos Kiamaris (Grécia), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gilles (Alemanha), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Berizonce (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürner (Alemanha), Sergio Chiarloni (Itália), Ulrich Haas (Alemanha/Suíça), Vincenzo Vigoriti (Itália), Walter Rechberger (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Dierle Nunes, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Ronnie Preuss Duarte.

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thereza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clito Fornaciari Júnior, E. D. Moniz Aragão, Edgard Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Gentil do Carmo Pinto, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Hélio Tornaghi, Herminio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carreira Alvim, José Ignacio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petrónio Calmon Filho, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanches, Teori Albino Zavascki.

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Amauri Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cássio Mesquita de Barros Júnior, Dirceu de Mello, Donald Armelin, Edson Ribas Malachini, Ennio Bastos de Barros, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nilsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sergio Bermudes, Vicente Greco Filho.

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, André Luís Monteiro, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Matteis de Arruda, Antônio Cezar Peluso, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolin, Carlos Alberto Carmona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cheim Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Yarshell, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zilsch, Gisele Heloisa Cunha, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Marins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinetti, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sergio de Souza Rizzí, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Mairan Maia Jr., Manoel Caetano, Marcelo Abelha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patrícia Miranda Pizzol, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Pedro Dinamarco, Rita Giansini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sergio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Beneti, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, Suelly Gonçalves, Ubiratan do Couto Mauricio, Victor Bomfim Marins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho.

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Peráceo de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Cimardi, Cláudio Zarif, Cleunice Pitombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Mitidiero, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernão Borba Franco, Francisco José Cahali, Graziela Marins, Gustavo Henrique Righi Badaró, José Carlos Puoli, José Sebastião Fagundes Cunha, Leonardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lúcia Lins Conceição, Maria Thereza Assis Moura, Rita Vasconcelos, Roberto Portugal Bacellar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Barioni, Rogéria Dotti Doria, Rogerio Licastro Torres de Mello, Sandro Gilbert Martins.

SEGUNDOS PARECERISTAS (DUPLA BLIND PEER REVIEW) – Daniel Mitidiero, Darci Guimarães Ribeiro, Eduardo de Avelar Lamy, Fernando da Fonseca Gajardoni, Flávio Cheim Jorge, Flávio Luiz Yarshell, Fredie Didier Jr., Gregório Assagra de Almeida, Joaquim Felipe Spadoni, Leonardo Carneiro da Cunha, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luis Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Júnior, Osmar Mendes Paixão Côrtes, Pedro Miranda de Oliveira, Sidnei Amendoira Junior.

REVISTA DE PROCESSO

Ano 39 • vol. 231 • maio / 2014

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

A ESCOLHA DA CAUSA-PILOTO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE PROCESSOS REPETITIVOS

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador da República no Rio de Janeiro.

Recebido em: 05.03.2014
Aprovado em: 26.03.2014

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: A previsão legal de incidentes para a resolução coletiva de processos (recursos e demandas) repetitivos, além de já ser realidade positivada no Código de Processo Civil, também parece refletir uma tendência inevitável na legislação vindoura, como se percebe pelo Projeto de novo Código de Processo Civil. Nosso objetivo, neste artigo, é tratar especificamente do problema da escolha das causas-piloto e processos-modelo, procurando esboçar parâmetros que entendemos importantes para a seleção do processo originário a partir do qual é instaurado o incidente.

PALAVRAS-CHAVE: Incidentes de resolução de processos repetitivos – Art. 543-C do CPC – Projeto de novo Código de Processo Civil – Escolha da causa.

ABSTRACT: The Brazilian recent legislation on civil procedure has introduced interesting instruments for the joint adjudication over common and related issues in many different judicial processes without having to use the usual method of class actions. These proceedings are the so-called "incidents for decision about repetitive processes", already in the Civil Procedure Code for some sort of appeals and intended to be expanded in the draft presented do Congress for a new Civil Procedure Code. This paper seeks to approach the standards that should be applied for the selection of the process from which this proceeding might be started. The selection of the "test-claim" is vital because it impacts due process, fair hearing and participation in the proceeding to decide the common issue.

KEYWORDS: Brazilian Civil Procedure – Civil Procedure Code – Draft – Procedural incidents to decide common issues – The selection of the test-claim.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Observações preliminares: 2.1 O que se entende por "escolha" da causa-piloto e quem pode selecioná-la; 2.2 Selecionar uma ou várias causas? – 3. A importância da escolha da causa para o julgamento de processos repetitivos: necessidade de fundamentação – 4. Dois vetores para a seleção da causa: 4.1 Amplitude do contraditório no processo originário: 4.1.1 Completude da discussão (maior quantidade de argumentos); 4.1.2 Qualidade da argu-

mentação; 4.1.3 Diversidade dos argumentos; 4.1.4 Contraditório efetivo (contra-argumentação e completude da decisão); 4.1.5 A inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário; 4.2 Pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea trouxe a reboque a massificação dos conflitos de interesses e gerou, historicamente, uma preocupação do direito e do processo com a adaptação da técnica processual.¹ Nesse diapasão, nas últimas três ou quatro décadas, proliferaram-se estudos sobre a tutela coletiva e os instrumentos processuais de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.² Mais recentemente, até porque os mecanismos de tutela coletiva não foram eficazes em resolver o problema da quantidade de processos praticamente idênticos, muitos ordenamentos processuais, em vez de desenharem “procedimentos representativos”, com ficções legais no campo da legitimidade extraordinária e da coisa julgada, procuraram tratar o problema da litigância de massa por meio das “ações de grupo”, procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos sem as técnicas das ações coletivas.

Entre estes mecanismos destacou-se o desenvolvimento de espécies de “incidente de coletivização” deflagrado a partir de um processo individual. No incidente, resolver-se-iam uma ou mais questões comuns a uma massa de litígios, e proferida decisão a ser replicada em todos os processos em que debate similar seja observado. Este tipo de técnica busca equacionar os reclamos por uma eficiência sistêmica do Judiciário com o respeito à condução individual dos processos,³ reduzindo ainda alguns problemas das ações coletivas.

1. Sobre o tema: AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *RePro*. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011. p. 246 e ss.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aídar. A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista Jurídica*. vol. 58. n. 387. Porto Alegre, jan. 2010. p. 27 e ss.; LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *RePro*. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011. p. 166 e ss.
2. A técnica das ações coletivas tem vários modelos identificáveis no direito comparado. TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (org.). *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 53 e ss.; KOCH, Harald. *Die Verbandsklage in Europa*. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 113. Band, Heft 4, 2000. p. 425 e ss.; CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *RePro*. ano 36. vol. 200. São Paulo: Ed. RT, out. 2011. p. 249-250.
3. Que, aliás, sempre foi a tendência europeia. CAPONI, Remo. Op. cit., p. 237.

A respeito destes incidentes, dois padrões têm sido visualizados, tanto no Brasil quanto no direito estrangeiro, que podem ser agrupados em um gênero que chamamos de “incidentes de resolução de processos repetitivos”. O primeiro é aquele das chamadas “causas piloto” ou “processos-teste”, uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela *unidade cognitiva* (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da *reprodução da tese* definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um “julgamento por amostragem”⁴ da causa-piloto. Assim ocorre, na Europa, com as *test claims* inglesas e, no Brasil, nos procedimentos do art. 543-B (repercussão geral no recurso extraordinário) e no art. 543-C do CPC, no julgamento de recursos especiais repetitivos pelo STJ.⁵ Impende destacar que o Projeto de Novo Código de Processo Civil pretende ampliar esta técnica para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos no STF.

O segundo formato é aquele dos “processos-modelo”: neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é *cisão cognitiva e decisória* (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e *incorporação da tese* definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo). Neste

4. Nomenclatura adotada por: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5. p. 619; e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *RePro*. ano 35. vol. 179. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010. p. 169; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *RePro*. ano 36. vol. 193. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 258, falando a respeito do art. 543-B do CPC. Também usada por: BONDIOLI, Luis Guilherme Aídar. Op. cit., p. 29 e ss.; SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *RePro*. ano 35. vol. 182. São Paulo: Ed. RT, abr. 2010, passim, todos falando também do art. 543-C do CPC. Outros preferem falar em julgamento de “classes de processos”. NOGUEIRA, Daniel Moura. A nova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, art. 543-C do CPC. *RePro*. ano 33. vol. 164. São Paulo: Ed. RT, out. 2008. p. 237. Porém, na verdade, nem todos os processos são julgados no incidente, mas só a demanda-teste. Todos os demais processos terão aquela conclusão reproduzida.
5. Para aqueles que consideram o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B do CPC) uma modalidade de processo-teste, também ali haveria aplicação de técnica similar.

caso, temos uma decisão objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários.

Esta é a técnica do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), que foi tema de um estudo nosso⁶ e que influenciou sobremaneira a confecção do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Sem embargo, tanto a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto, quanto as sucessivas Comissões do Congresso que foram incumbidas de trabalhar com o Projeto e que vêm assessorando os parlamentares no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, todas têm estruturado, com pequenas alterações, o que vem sendo denominado de “incidente de resolução de demandas repetitivas”, a ser provocado nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça, e que sinaliza para uma iminente adoção desta técnica na legislação nacional.

Em suma, vê-se que o Brasil caminha a passos largos para a ampliação dos mecanismos não representativos de coletivização da solução de litígios. Se hoje, *de lege lata*, já somos previdentes de alguns instrumentos desta natureza, as perspectivas *de lege ferenda* não apenas confirmam estas opções legislativas, como pretendem expandi-las e aumentar seu espectro de incidência.

Ora, nesse cenário, cresce em importância o debate sobre estes novos instrumentos processuais, acerca de sua correta aplicação e interpretação. No presente estudo, nosso foco é analisar qual deve ser o processo a partir do qual deva ser deflagrado o incidente de solução de processos repetitivos, tanto na vertente do art. 543-C do CPC (julgamento de recursos repetitivos no formato dos “processos-teste” ou “causa-piloto”), como também no parâmetro do processo-modelo (que se vislumbra no incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo Código de Processo Civil).

2. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

2.1 O que se entende por “escolha” da causa-piloto e quem pode selecioná-la

Aqui cabem algumas observações preliminares. Falarmos tão somente na “escolha” de um determinado processo para instrução e julgamento nos incidentes

6. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro*. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, maio 2007. p. 123 e ss. Sobre o tema, além das referências nas notas de pé de página de nosso estudo, confira-se ainda: STADLER, Astrid. Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren in deutschen Kapitalanlegerschutz. In: BITTNER, Ludwig; KLICKA, Thomas; KODEK, Georg; OBERHAMMER, Paul (org.). *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*. Wien: Springer, 2005. p. 663 e ss.; WITTMANN, Ralf Thomas. Il contencioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio (org.). *Il contencioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milano: Giuffrè, 2008.

pode soar como uma compreensão apenas parcial do fenômeno das causas repetitivas.

É que a provocação do incidente, se bem que possa ser deflagrada por órgãos do Judiciário (de ofício pelo juiz ou relator)⁷ e pelo Ministério Público, pode também ser requerida pelas partes. E, quando forem as partes os sujeitos que provocarem a instauração do incidente, é evidente que estas normalmente não podem “escolher” nenhuma causa, mas apenas solicitar que o incidente seja instaurado a partir daquele processo em que são autor ou réu. A exceção é a situação dos litigantes habituais, aqueles que possuam diversos processos versando sobre a mesma matéria; estes podem, de fato, optar sobre em qual dos processos suscitarão o incidente. Desta maneira, poderão provocar o incidente a partir de um litígio melhor instruído, com articulados mais precisos, bem escritos ou completos etc.

O mesmo ocorre para certos órgãos estatais: o Ministério Público, intervindo em um processo e suscitando o incidente, acabaria por “escolher” uma causa como sendo aquela que será o processo originário a partir do qual o incidente de coletivização se instaura. Algo similar ocorre quando o incidente é iniciado de ofício por órgãos do Judiciário, seja o juiz de primeiro grau seja o relator do recurso no Tribunal.

Um breve parêntese: note-se que, segundo o § 1.º do art. 543-C do CPC, aplicável para o caso de recursos especiais repetitivos, cabe ao presidente do *Tribunal de origem* (o juízo de instância inferior, e não o órgão julgador) selecionar o recurso e os encaminhar ao STJ.⁸ Mas é razoável admitir que também o órgão julgador do incidente possa efetuar esta seleção, até porque, se tratando de Tribunal de competência territorial mais abrangente, estes órgãos podem ter até uma melhor compreensão global da controvérsia, podendo afetar para julgamento recursos variados, de regiões diversas do país, de Comarcas ou Subseções Judiciárias diferenciadas, o que poderá conferir mais pluralismo ao procedimento de seleção das causas originárias.⁹ Neste sentido é o art. 543-C, § 2.º,¹⁰ e também é a tendência

7. Falamos aqui das previsões do Projeto de novo Código de Processo Civil, que abarcam o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, que nos remetem à possibilidade de o juízo de primeira instância provoque a instauração do incidente. A última redação do Projeto prevê provocação apenas pelo relator. As anteriores admitiam que o juiz na primeira instância também o fizesse. Veremos como será a formatação final do instituto.

8. RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos). *RePro*. ano 33. vol. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008. p. 236-237. Parte da doutrina sustenta que a decisão poderia caber também ao Vice-Presidente, se assim dispuser o regimento interno da Corte. SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009. p. 52.

9. Em sentido similar: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*, p. 30-31.

10. Como já decidido muitas vezes também pelo STJ, REsp 973827/RS, j. 06.10.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

do Projeto de novo Código de Processo Civil para o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pois bem, quaisquer destes juízos, diante de uma multiplicidade de casos, devem selecionar um deles para provocar a instauração do incidente. Ora, portanto, também quando se trata de órgãos judiciários, algumas situações podem refletir hipóteses em que existe uma verdadeira “seleção”, estratégica ou não, do processo que será a base para o procedimento dos incidentes.

Em suma, para muitos sujeitos envolvidos, pode-se identificar uma verdadeira “escolha”. Não obstante, ainda que os parâmetros e critérios aplicativos aqui delineados possam servir para balizar as opções das partes, do Ministério Público e dos órgãos judiciários que provocam o procedimento coletivizado, neste ensaio buscaremos enfatizar a escolha da causa-piloto como sendo um elemento a ser considerado também na admissibilidade do incidente. Neste viés, a seleção do processo originário pode e deve ser *avaliada pelo Tribunal julgador* do incidente, mesmo quando é um dos membros do próprio colegiado quem escolhe, de maneira a inadmitir o incidente instaurado a partir de uma equivocada escolha da causa-piloto, ou pelo menos corrigir esta seleção, evitando problemas de tramitação e déficit nas garantias processuais.

2.2 Selecionar uma ou várias causas?

Outra observação propedêutica faz-se necessária. Todos os parâmetros fixados neste texto parecem-nos um bom esboço para nortear a escolha do processo-piloto. Porém, não é preciso que haja seleção de apenas um processo. Em, vez de uma única causa, o Tribunal pode escolher vários processos para afetação e julgamento nos incidentes de resolução de litígios repetitivos. Recomenda-se também que sejam selecionados processos que busquem a vitória de teses opostas, a fim de equilibrar a forma com que os argumentos são envergados.¹¹

E o mesmo pensamos dever ser a postura correta do Tribunal julgador todas as vezes em que uma única causa tiver sido remetida para julgamento como incidente de processos repetitivos. Seja quando a parte suscita o incidente, seja quando somente um processo ou recurso é enviado pela instância inferior para afetação ao procedimento dos processos repetitivos, caberá ao Tribunal julgador “complementar” a seleção para atender aos critérios que devem nortear a escolha dos processos originários.

11. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. 8 do STJ) nos processos coletivos. *RePro*. ano 33. n. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008. p. 33; TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmáticos. *RePro*. ano 36. vol. 197. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011. p. 284.

Esta prática já vem sendo implementada pelo STJ no julgamento dos recursos especiais repetitivos, até por força do art. 1.º, § 1.º da Res. 8 do STJ.¹² E a mesma tendência também se anuncia, ou ao menos se pode intuir, dos debates legiferantes no Congresso Nacional. De fato, como se verá adiante, o legislador que vem confeccionando o Projeto de novo Código de Processo Civil parece acenar com esta possibilidade ao disciplinar a escolha do “recurso representativo da controvérsia”.

Deve-se destacar, como contraponto, que a afetação de vários processos para julgamento não deve ser excessiva. Sem embargo, para a tramitação do incidente, a seleção de uma grande quantidade de processos pode dificultar o andamento e provocar problemas de gestão processual, com prejuízo à duração razoável do processo.¹³

3. A IMPORTÂNCIA DA ESCOLHA DA CAUSA PARA O JULGAMENTO DE PROCESSOS REPETITIVOS: NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO

Pois bem, feitas estas observações, antes de entrarmos propriamente no objeto deste estudo (os critérios e parâmetros para a seleção da causa-piloto), também é preciso brevemente chamar a atenção do leitor para a relevância que esta escolha terá para a tramitação do incidente.

Com efeito, em qualquer dos formatos de incidente de resolução de processos seriais, isto é, tanto nos recursos excepcionais repetitivos quanto no vindouro incidente de resolução de demandas repetitivas, é de grande relevo o exame de qual causa-piloto deve ser aquela escolhida ou admitida e afetada para julgamento como processo repetitivo.

Essa seleção da causa-teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, ao escolher para afetação ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir

12. Diz o dispositivo: “Serão selecionados *pelo menos* 1 (um) processo de cada relator e, dentre estes, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial” (grifo nosso). Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Op. cit., p. 32. Alguns autores chamam a atenção para o fato de que a Resolução 8 do STJ, que teria apenas que regulamentar o procedimento no espaço traçado pela Lei 11.672/2008, teria ao contrário extrapolado os limites do poder regulamentar, e portanto seria inconstitucional por ofensa ao art. 22, I, da Constituição da República, que atribui competência legislativa privativa à União para editar normas processuais. Neste sentido: MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Res. 8/2008 do STJ. *RePro*. ano 33. vol. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008. p. 191 e ss.

13. Assim ocorre na Inglaterra com a *Group Litigation Order*. Cf. LÉVY, Daniel de Andrade. Op. cit., p. 187.

a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos.

Por outro lado, quando diante de litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos como aquele a partir do qual provocarão o incidente, abre-se espaço para certo direcionamento da cognição no incidente a favor do interesse que desejam ver prevalecer, e assim, pensarmos em critérios que permitam inadmitir a tramitação ou corrigir a seleção das causas, em razão de uma inadequada escolha do processo-piloto, parece ser uma preocupação fundamental.

Além disso, como visto no direito positivo e no projeto de lei, o desenho legal destes incidentes confere um protagonismo às partes do processo originário. Por exemplo, autor e réu do processo originário terão uso da palavra na sessão de julgamento em tempo igual àquele destinado a todos os demais interessados em conjunto. Ou seja, a escolha da causa interfere na extensão das prerrogativas dos sujeitos do processo no próprio incidente. Assim, parece claro que a seleção do processo-teste, se mal realizada, pode gerar críticas no que se refere ao respeito das garantias processuais dos litigantes,¹⁴ especialmente daqueles ausentes, já chamados de “litigantes-sombra”,¹⁵ cuja participação fica reduzida no incidente apesar de poderem vir a sofrer os efeitos daquele debate judicial.

A relevância que a escolha do processo-teste terá para a tramitação do incidente e para a efetividade do julgamento a ser proferido faz com que, em nosso sentir, deva haver motivação específica da decisão de afetação de um processo ou recurso. Isto é, ao selecionar um ou alguns processos e os direcionar para o procedimento do incidente de resolução de processos repetitivos, o juízo (seja ele o juiz de primeira instância, a Corte local/regional, ou o Tribunal Superior) deve indicar as razões que o levaram a escolher aquele(s) processo(s) e não outros.¹⁶

Por todo o exposto, e pelas claras repercussões que a seleção da causa terá para a tramitação e para o julgamento destes incidentes, tem este tema despertado a atenção da doutrina¹⁷ que, todavia, ainda não traçou parâmetros precisos para esta

14. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; e BAHIA, Alexandre. Litigiosidade de massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *RePro*. ano 34. vol. 177. São Paulo: Ed. RT, nov. 2009. p. 17-18.

15. Expressão do Min. Herman Benjamin no voto vencido no REsp 911.802/RS, j. 24.10.2007, rel. Min. José Delgado.

16. Neste sentido: TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *RePro*. ano 36. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011. p. 166.

17. Preocupam-se com a seleção da causa: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Op. cit., p. 35. GAIO JR., Antônio Pereira. Considerações sobre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade de recursos repetitivos no STF e STJ. *RePro*. ano 34. vol. 170. São Paulo: Ed. RT, abr. 2009. p. 150; RODRIGUES NETTO, Nelson. Op. cit., p. 236 e ss.; TAVARES JR., Homero Francisco. Recur-

escolha.¹⁸ E esta lacuna na literatura nacional pode ser devida à omissão legislativa no ponto.

De fato, na disciplina legal dos arts. 543-B (repercussão geral no recurso extraordinário) e 543-C (recursos especiais repetitivos), a legislação brasileira fala em escolha de um recurso “representativo da controvérsia” sem fornecer qualquer parâmetro para que se possa aquilatar o que a expressão significa. O STJ, regulamentando o procedimento do art. 543-C do CPC, baixou a Res. 8/2008, que, em seu art. 1.º, § 1.º, dispõe que: “Serão selecionados pelo menos 1 (um) processo de cada relator e, dentre estes, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”. Como se vê, já há alguns balizamentos. Vejamos como a questão vem sendo enfrentada no Projeto de novo Código de Processo Civil.

Segundo as disposições originárias do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas, e também na versão aprovada no Senado Federal, não havia definição de qual deva ser a causa-piloto nos recursos especial e extraordinários repetitivos.

Na redação apresentada no “Relatório Barradas” ao PL 8.046/2010, elaborada por Comissão da Câmara dos Deputados e aprovada naquela casa do Congresso Nacional, vemos alguma preocupação com uma diretriz mínima acerca de qual processo deva ser o escolhido. Sem embargo, na disciplina dos recursos excepcionais repetitivos, dizia o Projeto de novo Código de Processo Civil, no então art. 1.059, § 1.º, que: “Considera-se recurso representativo da controvérsia aquele originado de processo em que tenha havido completa e diversificada argumentação e discussão em torno da questão objeto do incidente. (...)”.

Na atual versão do Projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, afirma o art. 1.049, § 6.º que: “§ 6.º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

Ambas as disposições permitem-nos extrair algum norte sobre o que o legislador compreende como sendo o processo originário mais adequado para afetação ao julgamento como processo repetitivo.

Relevante lembrar também que, na redação dada pela Comissão da Câmara dos Deputados ao projeto, o legislador não se preocupou em definir critérios para escolha do processo-modelo no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se percebe do art. 988 e seguintes.

sos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *RePro*. ano 33. vol. 166. São Paulo: Ed. RT, dez. 2008. p. 190 e ss.

18. Com exceção de poucos trabalhos específicos, como é o de: TOFFOLI, Vitor. Op. cit., p. 271 e ss.

Em conclusão, se hoje não vemos *de lege lata*, qualquer parâmetro, no novo Código de Processo Civil anunciam-se poucas referências legislativas. Caberá, sobretudo, à doutrina e à jurisprudência resolver a questão.

4. DOIS VETORES PARA A SELEÇÃO DA CAUSA

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 a *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 inexperiente, por exemplo.

Conjugando ambas as ideias, vemos que, em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente.

Note-se, portanto, que o primeiro vetor corresponde a um aspecto “objetivo”, referente aos elementos do debate; e o segundo vetor remete a aspectos subjetivos, isto é, relativos aos sujeitos do processo. Vejamos estas propostas uma a uma. Antes, porém, cabe destacar que estes vetores se complementam, e os parâmetros que serão esboçados aqui não devem ser concebidos como rígidos, absolutos ou inafastáveis. A análise deve ser casuística, até porque a escolha da causa-piloto compreende um juízo para o qual existe certa margem de flexibilidade.

4.1 *Amplitude do contraditório no processo originário*

O primeiro vetor refere-se à amplitude do contraditório, especialmente no curso do processo originário. Neste contexto, alguns critérios podem ser propostos a fim de otimizar a escolha da causa-piloto. Entendemos que estes parâmetros são: (a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova.

4.1.1 *Completude da discussão (maior quantidade de argumentos)*

O primeiro aspecto que deve ser salientado é que, para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a inúmeros processos já em andamento, e provavelmen-

te a muitos outros casos futuros, é preciso que sejam examinados *todos* os pontos de vista potencialmente condicionantes daquele debate, ou ao menos a maior parte das alegações que tenham sido ventiladas nos processos repetitivos.¹⁹

Com efeito, como estes processos veiculam questões comuns, é natural que estas discussões sejam postas no Judiciário por meio da contraposição de argumentos também em certa medida padronizados. Porém, devemos lembrar que muitos debates repetitivos contêm controvérsia sobre uma mesma questão, mas que aparece disputada pelos litigantes com base em variadas alegações. Então, por vezes encontramos processos em que apenas alguns argumentos são postos, e outros em que o mesmo conflito é discutido de maneira mais completa.

Portanto, a primeira característica que a causa-piloto deve possuir é a maior *completude* das alegações, ou que leva à possibilidade de análise do *maior número possível* de argumentos. Este é um critério fixado na Res. 8 do STJ e previsto no Projeto no art. 1.049, § 6.º (abrangência da argumentação).

Definir uma tese em decisão paradigmática sem tomar em consideração um grupo mais completo dos fundamentos da pretensão e da defesa que comumente são encontrados nos processos repetitivos traz um duplo risco. Por um lado, a solução do incidente pode revelar-se equivocada porque justamente um daqueles argumentos não compreendidos no processo-teste poderia conduzir o Tribunal a uma conclusão diversa. E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes.²⁰ Neste caso, o *distinguishing* teria fundamento na omissão do Tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediriam que a tese jurídica fosse aplicada porque aquele caso seria “diverso”, devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente.

Sem embargo, é cediço que a lide e a contraposição de argumentos geram incerteza sobre as soluções a serem tomadas pelo Judiciário. Mas a divergência entre as razões apresentadas pelos sujeitos do processo pode ser admitida ou tolerada por algum tempo, permitindo que o debate continue até que se alcance maior maturação sobre o tema e que as conclusões possam ser extraídas à luz de um conjunto completo ou suficientemente amplo de argumentos. Como salienta Leonardo Cunha, uma decisão sobre a questão comum em um incidente desta na-

19. TOFFOLI, Vitor. Op. cit., p. 283-284; CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações... cit., p. 262; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Op. cit., p. 36; TAVARES JR., Homero Francisco. Op. cit., p. 195.

20. É o que bem lembra: CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações... cit., p. 262.

tureza, a ser aplicada como paradigma para casos futuros, mas que seja proferida sem apreciar algumas alegações relevantes, não estabelece de maneira completa a *ratio decidendi* a ser seguida, podendo ficar uma questão em aberto e sujeita a ser potencialmente renovada com a apresentação de argumentos ainda não analisados exaustivamente pelo Tribunal julgador. Neste cenário, é alto o risco de posteriores decisões afastando a aplicação do julgamento-paradigma em razão de *distinguishing* ou *overruling*.²¹ Portanto, a quantidade de alegações e a completude do debate parecem-nos critério essencial.

4.1.2 Qualidade da argumentação

Entre os autores que têm dedicado algumas linhas a este tema, vê-se, aqui e ali, referência ao fato de que a seleção da causa tenha que passar por uma análise da qualidade dos argumentos.²² Pois bem, nesta ordem de ideias, o critério não seria quantitativo, mas de conteúdo: a argumentação deveria estar bem articulada, em vernáculo esmerado etc.

De nossa parte, também entendemos que a qualidade dos argumentos deve ser um parâmetro de avaliação para a escolha da causa-piloto. Lembremos que a finalidade do exame acerca da qualidade, para fins de seleção do processo-teste, é que o Tribunal seja municiado de alegações observadas nos múltiplos processos repetitivos, e que possa decidir a questão comum à luz dos argumentos que vêm sendo utilizados nas instâncias inferiores. Ora, assim, se a linha argumentativa dos litigantes originários irá servir como confronto dialético entre as teses antagônicas, a qualidade das alegações deve importar para a escolha da causa.

Todavia, o cuidado que se deve ter é não transformar este critério em uma barreira elitista à admissão de um processo para tramitação no procedimento do incidente, e talvez esta tenha sido a preocupação do legislador em não prever a “qualidade” da argumentação como um parâmetro (note-se que, com razão, nem a Res. 8 do STJ nem a redação do Projeto de novo Código Processo Civil preveem tal requisito). Basta lembrar, desde logo, que nem sempre aquele processo com petições estampadas em papel timbrado (ou impressas a *laser*) traz as melhores argumentações; e nem sempre processos com longas divagações, ou mesmo redigidos dentro das mais estritas regras ortográficas da língua portuguesa, correspondem ao que se pode definir como “argumentação de qualidade”.

Temos que um processo deva ser compreendido como possuidor de argumentação de qualidade quando as alegações têm os seguintes predicados: *clareza*, *logici-*

21. CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações... cit., p. 263.

22. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Op. cit., p. 36.

dade e concisão.²³ De fato, muitas vezes é preferível uma petição objetiva, com encaideamento lógico (sem contradições internas) e conciso, do que uma argumentação obtusa e prolixa porque extensa em demasia.

Por outro lado, a qualidade da argumentação deve ser considerada somente no conteúdo das alegações formuladas pelos sujeitos do processo. As referências à doutrina e à jurisprudência, mesmo quando constantes das petições, não podem ser decisivas para diferenciar aquele processo-piloto de outros, até porque o acesso às decisões pretéritas dos Tribunais e a consulta a obras doutrinárias podem povoar a decisão do incidente sem necessidade de que se escolha aquela causa. Assim, se as partes limitam-se a transcrever ementas, citar acórdãos *in verbis* ou reproduzir literalmente lições doutrinárias, esta conduta pode até levá-las à vitória em seus processos individuais, mas não pode ser suficiente para fazer sua argumentação destacar-se e recomendar a seleção daquela causa para afetação ao incidente.

Por fim, cabe frisar que a qualidade da argumentação deve ser verificada, do lado das partes, na petição dos recursos, nas contrarrazões, mas também pode e deve ser aquilatada no conteúdo das decisões judiciais (sentenças, no caso do incidente de demandas repetitivas; e acórdãos para os recursos excepcionais repetitivos). Ou seja, comparando-se sentenças e acórdãos de vários processos repetitivos, é salutar que seja escolhida para tramitar no incidente a decisão mais bem fundamentada.²⁴

4.1.3 Diversidade dos argumentos

O critério anteriormente fixado pelo Projeto de novo Código de Processo Civil, previsto no hoje suprimido art. 1.059, § 1.º, compreendia não apenas a quantidade de argumentos (a completude da discussão), mas também a “diversidade” das alegações. Trata-se de proposta que pretendia positivar na lei o que já vem sendo operado no STJ para o art. 543-C do Código atual, por força da Res. 8 do STJ (art. 1.º, § 1.º). Entendemos correto o parâmetro, e mais uma vez lamentamos que na atual redação aprovada na Câmara dos Deputados não tenha repetido o dispositivo.

A intenção do STJ (ao regulamentar o procedimento por resolução) é muito adequada por refletir a necessidade de emprestar uma visão pluralista aos incidentes de solução de processos repetitivos. Como as decisões do incidente terão um impacto sistêmico a muitos outros processos individuais, e conseqüentemente a muitas realidades e contextos de debates diversos, é louvável que se pretenda não

23. Talamini fala da clareza da petição como um critério para a seleção de recursos extraordinários para apreciação da repercussão geral. TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54. São Paulo: Dialética, set. 2007. p. 61.

24. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Op. cit., p. 35.

apenas que vários pontos de vista sejam considerados, mas também que argumentos *diferentes* sejam levados à cognição do Tribunal julgador.

Ademais, estes dispositivos aparentam confirmar nossa observação inicial no sentido de que nem sempre será mais adequado selecionar um único processo para afetação e julgamento nos incidentes. Por vezes, a “diversidade” dos argumentos pode conduzir à escolha de *vários* processos, cujas alegações, combinadas, confirmam ao debate no incidente a pluralidade de linhas argumentativas que se deseja.

Nesta linha, a diversidade de argumentos pode levar o Tribunal a selecionar processos oriundos de localidades diferentes (no caso de recursos excepcionais repetitivos, pensemos em Estados da Federação diversos; no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, imaginemos processos selecionados de Comarcas distintas pelo TJ, ou Seções e Subseções Judiciárias variadas, pelos TRFs).

Por derradeiro, lembremos que o critério da “diversidade” não deve significar apenas diferença de conteúdo, mas também do emprego da alegação. O Tribunal pode selecionar processos diversos em que um *mesmo* argumento seja debatido, só que com *impostação, ênfase ou formas de argumentação diversas*. Não é preciso lembrar que um argumento em si mesmo é diferente do uso que dele se faz.²⁵

4.1.4 Contraditório efetivo (contra-argumentação e completude da decisão)

Outro parâmetro balizador que pensamos ser relevante é que, no processo originário, tenha havido efetivo exercício do contraditório, compreendido como influência reflexiva (isto é, os direitos de informação, expressão e consideração, abrangendo todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz, em ambiente dialogal cooperativo).²⁶

De um lado, exigir que tenha se verificado contraditório efetivo significa rejeitar a seleção de processos em que tenha ocorrido revelia, ou naqueles em que, apesar de ter havido contestação, possa-se observar baixa densidade de contra-argumentação, tanto em questões fáticas (confissão ou falta de impugnação específica dos fatos alegados pelo autor), como nas *quaestio iuris*, o que pode ocorrer simplesmente por pensar o réu que, pelo brocardo *iura novit curia*, o centro de sua argumentação deva girar em torno das questões de fato.

25. Sobre o tema, com amplas referências bibliográficas, remetemos o leitor a: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 431 e ss.

26. Remetemos a nossas exposições sobre o conceito de contraditório como influência reflexiva: CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. anno LX. n. 2. Padova: Cedam, abr.-jun. 2005. especialmente capítulos III e V.

Por outro lado, a exigência de um contraditório efetivo, na perspectiva do direito de consideração (e do correlato dever de atenção do juiz), permite-nos afirmar que não deve ser selecionado um processo em que a questão, apesar de amplamente debatida pelas partes, não tenha sido detalhada e analiticamente enfrentada pelo juiz na sentença. Trata-se daquela ultrapassada visão, que vimos combatendo há anos, de que o magistrado não precisaria analisar todos os argumentos dos litigantes na sentença, mas apenas aqueles que sejam itinerário necessário para as suas conclusões.

Ora, hoje está disseminada a ideia de que o contraditório contemporâneo não se compadece mais com esta postura autoritária de ignorar a argumentação dos litigantes: o juiz deve sim enfrentar os argumentos das partes na sentença, mesmo que não os use para chegar às suas conclusões para o litígio. Mas aqui queremos salientar outro aspecto: sempre que o processo contiver este tipo de sentença que se omite sobre trechos da linha argumentativa dos sujeitos do processo, a causa não deve ser considerada como possuidora de um debate adequado e efetivo para fins de seleção como processo-piloto.

Assim, a conclusão que se pode chegar é que a completude da argumentação não pode remeter apenas às alegações das partes, do Ministério Público e intervenientes, mas deve também levar-nos a verificar a fundamentação da decisão judicial. De fato, a dialética do contraditório-influência, no trinômio informação-expressão-consideração, impõe que, para a escolha da causa-piloto, a efetividade do contraditório compreenda também a análise sobre os atos do Estado-juiz.

Neste ponto, a redação atual do Projeto de novo Código de Processo Civil caminhou bem. O texto do art. 1.049, § 6.º cuida não apenas da abrangência da argumentação, mas também *da discussão*, ou seja, entende necessário um debate contraditório amplo e inclusivo.

4.1.5 A inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário

Outro parâmetro que entendemos ser relevante é a (in)existência de restrições à cognição no processo originário. É que os procedimentos de cognição plena são caracterizados pela ampla predeterminação legal das formas e dos prazos, e também pela elástica possibilidade de exercício de poderes processuais pelas partes, sobretudo no que se refere às alegações, exceções e às faculdades de produção de prova.²⁷ Já nos procedimentos de cognição restrita, as prerrogativas do debate são limitadas.

Isso ocorre quando há cognição limitada (restrita no plano horizontal), nos quais vemos restrições que subtraem certas questões da apreciação judicial. Para

27. PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *RePro*. vol. 131. p. 239. São Paulo: Ed. RT, jan. 2006. .

empreender esta restrição da cognição no plano vertical, o legislador às vezes se vale da técnica de reduzir o campo das alegações do autor (*ius assertionis*), ou as de defesa (*ius defensionis*), retirando certos argumentos do objeto cognoscível,²⁸ ou então tolhe diretamente do magistrado a possibilidade de conhecer de algumas questões, ainda que suscitadas pelas partes e mesmo que influenciem a decisão final. Exemplos desses procedimentos no direito brasileiro são as ações de desapropriação, de consignação em pagamento, os embargos de terceiro, entre outras.

Já no plano vertical da cognição, que toca a *profundidade* da atividade cognitiva, ou seja, a *intensidade de aprofundamento* da análise judicial sobre cada uma das questões, também existem restrições em certos procedimentos, o que comumente se denomina “cognição sumária”. A cognição sumária é aquela em que não se permite ao juiz uma análise aprofundada em função de restrições de tempo ou de natureza probatória. Com efeito, seja porque existe premência temporal (ex.: medidas de urgência), seja porque nem todos os meios de prova estão à disposição do julgador (ex.: mandado de segurança), a cognição exercida não atinge grande detalhamento. Esta superficialidade do conhecimento do juiz é a razão pela qual não se admite que as decisões baseadas em cognição sumária tendam à definitividade ou permanência, excluindo-se-as da autoridade de coisa julgada.²⁹ A cognição exauriente, por outro lado, é aquela em que essas restrições não se observam: não há necessidade de decidir em tempo acelerado e estão à disposição do convencimento judicial todos os meios de prova.³⁰

Muito bem, pensamos que as restrições à cognição, seja no plano horizontal (cognição limitada), seja no plano vertical (cognição sumária), devem impedir que a causa seja selecionada como processo-piloto. Sem embargo, escolher um processo em que algumas questões foram subtraídas da discussão, ou ainda processos em que o magistrado não pôde se aprofundar sobre a matéria, é recolher para o incidente um debate incompleto ou superficial, que certamente poderá distorcer os contornos precisos da controvérsia originária, o que teria menos chance de ocorrer caso tivesse sido posta para julgamento em um processo plenário, sem restrições cognitivas.

Ao lado das restrições à cognição, outro dado que entendemos relevante para a seleção da causa-piloto é verificar se há limitações probatórias. Este parâmetro só se aplica, a toda evidência, para os incidentes de processos repetitivos em que a questão comum possa ser uma questão de fato (e portanto, a atividade probatória seja relevante para o incidente).

28. Na verdade, as possibilidades são mais ricas. No entanto, para os estreitos limites deste estudo, pode-se resumir às duas grandes hipóteses referidas no texto.

29. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 124 e ss.

30. PROTO PISANI, Andrea. Op. cit., p. 239-240.

Se, por um lado, no campo dos recursos excepcionais repetitivos só sejam cabíveis discussões a respeito de questões jurídicas,³¹ estamos entre aqueles que sustentam que o incidente de resolução de *demandas* repetitivas pode servir para a solução de uma questão fática comum a vários processos. Trata-se de uma característica destes procedimentos no direito comparado, e a maior abrangência pode emprestar maior eficiência ao mecanismo. Assim, mesmo que a lei não seja expressa a este respeito (e o Projeto de novo Código de Processo Civil fala apenas de uma questão de direito comum), se não há vedação entendemos que pode haver interpretação extensiva. E, partindo desta premissa, cabe aqui mencionar que as restrições probatórias no processo originário devem falar contra a seleção deste processo para afetação e julgamento no incidente, até porque a limitação pode impactar a instrução, fazendo-se necessária não apenas uma mera complementação probatória, mas produção de prova *ab novo* perante juízos de instâncias superiores em primeiro grau de jurisdição. Além dos inconvenientes práticos na produção desta prova (que teria que ser realizada por carta de ordem ou precatória), afetar à tramitação como repetitivo um processo com limitação à prova poderia despertar controvérsia sobre o núcleo intangível do direito à prova como componente da ampla defesa.

Assim, não devem ser selecionados como causa-piloto certos procedimentos que não admitem a produção de prova técnica de maior complexidade, como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis (arts. 3.º e 32 da Lei 9.099/1995) e no procedimento sumário (art. 277, § 5.º, do CPC).³² É também o caso do inventário e partilha (arts. 984, 1.000 parágrafo único, e 1.016, § 2.º, todos do CPC), nos quais não pode ser apreciada uma “questão de alta indagação”, que só poderá ser conhecida se a prova correspondente não for complexa a ponto de tumultuar o procedimento.³³

4.2 Pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário

Como ficou assentado anteriormente, o segundo vetor interpretativo que entendemos que deva balizar a seleção da causa-piloto é a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário.³⁴

31. Com razão: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Op. cit., p. 32.

32. CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. *RePro*. ano 28. vol. 109. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003. p. 77.

33. Assim, se for possível provar as alegações apenas por prova documental, não se trata de uma questão de alta indagação. Confira-se: STJ, REsp 4.625/SP, j.16.04.1991, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

34. Alguns autores mencionam a ideia de “pertinência temática”, própria do controle de constitucionalidade, ao falarem a respeito da legitimidade. Parte da doutrina já atentou para o fato de que a seleção da causa deve considerar os sujeitos do processo originário. Assim,

De uma parte, este vetor se justifica porque, ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes.

Assim, quanto maior a pluralidade subjetiva no debate do processo originário, mais se nos afigura que este deva ser o processo selecionado, até porque devemos tomar como premissa que, se num processo figuraram vários autores e réus, intervenientes etc., a argumentação dialética de todos eles, em interação uns com os outros, permite uma discussão mais madura, um debate mais detalhado e controlado, e o confronto mais preciso de argumentos e contra-argumentos.

De outro lado, como já mencionamos no início, no formato que temos hoje no Brasil (e que deveremos ter na legislação processual que se anuncia no Projeto de novo Código de Processo Civil), a participação no procedimento do próprio incidente é maior para os sujeitos do processo selecionado. Com efeito, por exemplo, o tempo de sustentação oral na sessão de julgamento do incidente é maior para o autor e o réu do processo originário do que para todos os demais interessados. Então, o pluralismo dos sujeitos no processo originário é não apenas um fator relevante para carrear maior número de argumentos ou alegações diversificadas, mas também se revela um importante motor de repartição das formas de participação no curso do incidente. E a seleção de uma causa-piloto com maior pluralidade subjetiva termina por dividir os poderes no incidente, falando em nome do pluralismo, da maior possibilidade de intervenção e participação, e contra uma concentração de faculdades processuais nas mãos de poucos.

No mais, temos que lembrar que, tanto na disciplina do art. 543-C do CPC (especialmente o seu § 4.º), quanto no Projeto de novo Código de Processo Civil (e aqui nas duas vertentes, dos recursos excepcionais repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas), o legislador permite a oitiva de interessados e a participação do *amicus curiae* no incidente. Ora, esta constatação reforça o critério aqui proposto: se o pluralismo e o estímulo à participação são a tônica dos incidentes de coletivização, ao buscar escolher uma causa-piloto em que esta participação tenha sido tão mais plural já nas instâncias inferiores, reduz-se o problema do déficit de participação no curso do próprio incidente. Aliás, não faz mesmo sentido selecionar um processo originário em que tenha havido pouca participação para depois tentar corrigir ou mitigar as deficiências de contraditório quando o incidente estiver em andamento.

para o art. 543-C do CPC, embora falando em “qualidade” do recorrente: WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Op. cit., p. 46.

Assim, alguns parâmetros podem ser propostos: 1. uma causa com litisconsórcio deve ser preferida a uma causa com apenas um autor e um réu; 2. devem-se preferir litisconsórcios tanto no polo ativo como passivo; 3. deve-se priorizar um processo originário no qual tiver havido intervenção de terceiros; 4. entre os processos com intervenção de terceiros, deve ser preferido sobretudo um processo em que tenha havido a atuação de *amicus curiae*, que é um terceiro desinteressado e que intervém com a função de trazer elementos de convicção para o debate e oxigenar o contraditório com outros pontos de vista; 5. devem ser preferidos processos no curso dos quais tenha havido audiência pública.

Estes parâmetros poderiam sofrer críticas no sentido de que nada garante que a escolha de um processo em que tenha havido litisconsórcio/intervenção de terceiros traga como consequência necessária um enriquecimento da discussão. E seria possível que, em alguns casos, aplicar esta diretriz gerasse, ao contrário, transtorno no procedimento sem incremento de contraditório.

Certamente, uma grande quantidade de pessoas pode gerar um tumulto procedimental, e antes de contribuir para melhorar a qualidade da decisão a ser proferida no incidente, pode representar um decréscimo em termos de eficiência. E a pluralidade subjetiva poderia ser, também, obtida pela seleção de vários processos sem litisconsórcio. Porém, como não é mandatório de que haja escolha de mais de um processo, e tampouco há obrigatoriedade de que haja intervenção no incidente, admissão de *amicus curiae* ou realização de audiência pública, parece-nos interessante salientar que, ao escolher a causa (especialmente se esta for única), devemos atentar para se estes institutos de participação puderam ser verificados no processo originário. E, neste caso, se for selecionada apenas uma causa, tanto melhor que haja pluralidade de sujeitos.

Ao lado da pluralidade de sujeitos e a maior possibilidade de canais de participação, entendemos ser interessante que se pense também na representatividade destes sujeitos. Aqui usamos o termo “representatividade” no sentido norte-americano das *class actions*. E, por este parâmetro, pensamos que devam ser preferidas, para seleção como processo-piloto, as demandas coletivas às individuais.

De início, é mister referir que a lei brasileira atribui a diversos entes, públicos e privados, a legitimidade extraordinária de falar em nome de uma comunidade substituída processualmente. Então, vê-se que estes entes, de alguma maneira, detêm a prerrogativa processual de conduzir, perante órgãos do Judiciário, um processo em que, ao final, a decisão possa ter repercussão de massa. Claro que a lógica das demandas coletivas, com as ficções representativas de legitimidade (as quais já referimos), é diversa do formato das “ações de grupo”, gênero dentro do qual os incidentes de resolução de processos repetitivos se colocam. Contudo, selecionada uma demanda coletiva para afetação, a atuação destes legitimados extraordinários no próprio procedimento dos incidentes parece-nos atribuir ao contraditório uma maior legitimação política e social, reduzindo os descontentamentos com o resul-

tado e contribuindo para uma mais ampla aceitação e o reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final.

Ademais, temos que há evidente presença de um interesse público no julgamento dos incidentes de processos repetitivos, já reconhecida pelo STJ na apreciação do art. 543-C;³⁵ um interesse público comum, em certa medida, às ações coletivas, e que indica que a seleção destas como processo-piloto parece conduzir a uma maior participação, ainda que indireta, no procedimento das causas repetitivas.

Portanto, aqui queremos propor outros parâmetros: (a) se paralelamente estiver tramitando processo coletivo fundado na mesma discussão jurídica, deve este ser preferido aos processos individuais. E, (b) se vários processos coletivos estiverem tramitando, devem ser preferidos aqueles ajuizados por *órgãos independentes* (que atuem com base no interesse público e sem hierarquia), e aqueles defensores de direitos das comunidades de substituídos *mais amplas em termos geográficos e quantitativos* (*absent class members*). Nesta ordem de ideias, processos ajuizados pelo Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo, devem ser preferidos àqueles ajuizados pelas associações por se tratar de *órgãos independentes* e que lutam pela cidadania como função institucional e desinteressada. De outro lado, demandas coletivas ajuizadas por associações privadas de âmbito *nacional* devem ser preferidas às ações movidas por associações locais (parâmetro da maior abrangência geográfica).

Por fim, releva salientar que este segundo vetor da pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário, que é um cânone de natureza subjetiva, é tão importante quanto aquele referente aos argumentos contidos no processo selecionado (o primeiro vetor, de ordem objetiva). Entre eles não há hierarquia ou prevalência para fins de selecionar a causa-piloto. Portanto, não há que se dar prioridade a um processo individual apenas por se considerar que as alegações estão melhor formuladas nele do que numa ação coletiva.³⁶ Como sustentamos, se o Tribunal tem a prerrogativa de selecionar vários processos (e não apenas um), é recomendável que o faça tendo em conta ambos os vetores, isto é, tanto a amplitude do contraditório quanto a pluralidade e representatividade dos sujeitos envolvidos, buscando combiná-los e não os excluir mutuamente.

35. Em certo ponto da tramitação do Projeto de novo Código de Processo Civil, especialmente na redação após a aprovação no Senado Federal, o projeto mencionava que o relator, na análise da admissibilidade do incidente, deverá analisar a presença de “interesse público” (art. 932 daquela versão). A regra não está repetida na atual versão do Projeto. Pensamos desnecessária a norma, porque é da própria natureza destes incidentes que seu impacto e importância transbordem os limites puramente individuais.

36. Rejeitamos posições que focam apenas nos argumentos, esquecendo-se, em nosso entender, do impacto que a seleção da causa tem no papel dos sujeitos no próprio incidente. Discordamos, portanto, de: WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Op. cit., p. 45.

5. CONCLUSÃO

A previsão legal de incidentes para a resolução coletiva de processos (recursos e demandas) repetitivos, além de já ser realidade positivada no Código de Processo Civil, também parece refletir uma tendência inevitável na legislação vindoura, como se percebe pelo Projeto de novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, é fundamental a reflexão sobre a estrutura destes procedimentos, tanto do que já dispomos no direito positivo, com fins de contribuir para a jurisprudência que vem sendo construída, quanto dos projetos de lei em fase de elaboração legislativa, no intuito de aprimorar os textos que se anunciam como a legislação de regência para as próximas décadas. Nosso objetivo aqui foi tratar especificamente do problema da escolha das causas-piloto e processos-modelo, procurando traçar um mero esboço dos parâmetros que entendemos importantes para a seleção do processo originário a partir do qual é instaurado o incidente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista Jurídica*. vol. 58. n. 387. Porto Alegre, jan. 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. anno LX. n. 2. Padova: Cedam, abr.-jun. 2005.
- _____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, maio 2007.
- _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. *Revista de Processo*. ano 28. vol. 109. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.
- CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 200. São Paulo: Ed. RT, out. 2011.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 193. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. ano 35. vol. 179. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

- GAIO JR., Antônio Pereira. Considerações sobre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade de recursos repetitivos no STF e STJ. *Revista de Processo*. ano 34. vol. 170. São Paulo: Ed. RT, abr. 2009.
- KOCH, Harald. *Die Verbandsklage in Europa*. Zeitschrift für Zivilprozess. 113. Band, Heft 4, 2000.
- LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*. ano 33. vol. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.
- NOGUEIRA, Daniel Moura. A nova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, art. 543-C do CPC. *Revista de Processo*. ano 33. vol. 164. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.
- PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*. vol. 131. São Paulo: Ed. RT, jan. 2006.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento "por atacado" no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos). *Revista de Processo*. ano 33. vol. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.
- SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009.
- SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*. ano 35. vol. 182. São Paulo: Ed. RT, abr. 2010.
- STADLER, Astrid. Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren in deutschen Kapitalanlegerschutz. In: BITTNER, Ludwig; KLICKA, Thomas; KODEK, Georg; OBERHAMMER, Paul (org.). *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*. Wien: Springer, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 54. São Paulo: Dialética, set. 2007.
- TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (org.). *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- TAVARES JR., Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*. ano 33. vol. 166. São Paulo: Ed. RT, dez. 2008.
- TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; e BAIHA, Alexandre. Litigiosidade de massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. ano 34. vol. 177. São Paulo: Ed. RT, nov. 2009.
- TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmáticos. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 197. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.

- WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*. ano 33. n. 163. São Paulo: Ed. RT, set. 2008.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- WITTMANN, Ralf Thomas. Il contencioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio (org.). *Il contencioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milano: Giuffrè, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo *Musterverfahren* "incidente de resolução de demandas repetitivas" no PL 8.046/2010, de Daniele Viafore – *RePro* 217/257 (DTR\2013\1841);
- O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil à luz da *Group Litigation Order* britânica, de Daniel de Andrade Lévy – *RePro* 196/165 (DTR\2011\1625); e
- Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil, de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto De Aragão Ribeiro Rodrigues – *RePro* 211/191 (DTR\2012\450581).