

RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DOS RESPECTIVOS JULGAMENTOS PELA COMUNIDADE JURÍDICA. UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ANTEPROJETO DO CPC

DUVAL VIANNA*

1. Julgamento de casos repetitivos. Como funciona atualmente e como está previsto no Anteprojeto do Código de Processo Civil

A Lei 11.672/2008, inserida na última “onda” de alterações pontuais do Código de Processo Civil, estabeleceu o procedimento para o julgamento dos chamados recursos repetitivos (ou casos repetitivos) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo dispõe o artigo 543-C do CPC, incluído pela mencionada Lei, o procedimento é aplicável quando se verificar multiplicidade de recursos *com fundamento em idêntica questão de direito*.

Esta técnica de *julgamentos em massa* ganha relevo na redação do anteprojeto do novo CPC, sistematizando-se o instituto do julgamento dos recursos repetitivos que, entretanto, não sofre alteração relevante no *procedimento*, se comparado ao que existe no CPC atual desde a vigência da Lei 11.672/2008. A novidade é que incidirá igualmente sobre os recursos extraordinários (art. 953/958 do anteprojeto) e terá o condão de paralisar também os processos em andamento no primeiro grau (art. 954, § 2º do anteprojeto), além de algumas particularidades que são adiante comentadas.

Segundo dispõe o artigo 543-C, atualmente em vigor, cabe aos presidentes dos tribunais por onde ocorra a tramitação de recursos com fundamento em idêntica questão de direito – e bem assim ao relator de recurso especial – providenciar para que o julgamento de todos estes recursos seja suspenso, escolhendo

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Diretor do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB – biênio 2010/2012. Diretor-Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro – CEMARJ.

um ou mais processos cujos recursos sejam representativos da controvérsia, para encaminhamento ao STJ.

É previsto que, antes do julgamento, o relator tem a faculdade (“poderá”) de solicitar informações a respeito da matéria, aos tribunais estaduais e federais, além da manifestação do Ministério Público, nos processos de sua alçada.

Também (§ 4º do art. 543-C) é facultado ao relator “admitir manifestação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, permitido, pela redação do anteprojeto (art. 955, § 2º) também “solicitar” tal manifestação.

Como consequência do julgamento, todos os casos sobrestados na origem – e bem assim aqueles sobrestados no próprio STJ – terão que se adequar ao novo entendimento, seja pela negativa de seguimento na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ ou, em caso contrário, por novo exame nos tribunais *a quo*.

Se o novo exame concluir pela manutenção do julgado, isto é, contrariando o entendimento firmado pelo STJ, será o caso de proceder ao juízo da admissibilidade do recurso especial que, certamente, levará à remessa dos autos ao STJ, onde será fatalmente conhecido e provido para a devida adequação.

Os redatores do anteprojeto do novo CPC preocuparam-se em estabelecer regras para que “*uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração*”.

A interpretação da lei pelos tribunais superiores passará a ter valor absoluto, não permitindo sequer o recebimento de ação proposta fundada em tese divorciada de outra que tenha sido consagrada em recurso repetitivo.

Confronte-se o que dispõe o artigo 317, II, do anteprojeto, para verificar que será *imperativo* que o juiz rejeite liminarmente a demanda se o pedido contrariar entendimento do STF ou do STJ, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.

Leia-se o que dispõe o art. 476 do anteprojeto, permitindo a alteração da sentença para que seja aplicada tese fixada em julgamento de casos repetitivos.

Verifique-se o contido no inciso IV, § 2º, artigo 491 do anteprojeto, permitindo a execução provisória com dispensa da caução, se a sentença tiver sido proferida com base em julgamento de casos repetitivos.

Atente-se para a incumbência conferida aos relatores dos recursos (art. 853 do anteprojeto) no sentido de negarem seguimento àqueles que afrontem decisões proferidas em julgamento de casos repetitivos.

Portanto, os autores do anteprojeto tomaram o cuidado de *criar barreiras* para que qualquer iniciativa que venha a prestigiar tese em desconformidade com outra consagrada em julgamento de casos repetitivos seja liminarmente repelida.

Por outro lado, foi prevista a criação de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” a ser suscitado sempre que for identificada controvérsia com simples *potencial* de gerar demandas com fundamento em idêntica questão de direito e, assim, causar grave *insegurança jurídica*, consequência que os autores do anteprojeto presumem existir sempre que ocorrer o risco de coexistência de decisões conflitantes (art. 895 do anteprojeto).

Além do mais, estabelecida *verdadeira hierarquia* entre os diversos níveis do Judiciário, com a determinação de que os tribunais velem pela uniformização e estabilização da jurisprudência, seguindo, os juízos e tribunais as “*orientações*” dos órgãos aos quais estiverem “*vinculados*” (art. 847 do anteprojeto), não haverá juiz que ouse receber alguma petição inicial pretendendo o julgamento de pedido que possa desmerecer tese assentada em julgamento de caso repetitivo. Ao contrário, é seu dever repelir liminarmente a demanda (art. 317 do anteprojeto), ainda que o postulante informe que alterações sociais ou econômicas com consequências jurídicas relevantes impõem a revisão daquilo que foi cristalizado.

Todas estas iniciativas – e aqui se abre um parêntese, em relação ao tema central do trabalho – podem afetar o princípio do livre convencimento motivado dos juízes que terão *retirados de suas tutelas* temas de alta indagação e grande relevância social, econômica ou política, no momento em que for suscitado algum Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, passando as questões diretamente à esfera dos tribunais superiores. Toda a força criativa da primeira instância, fruto da sadia provocação dos advogados que, hoje, ouvindo seus constituintes, inauguram as teses que, só ao final, bateriam às portas dos tribunais, constituirá mera evocação dos românticos.

2. Cristalização da jurisprudência dos tribunais superiores. Meta a ser alcançada pelo anteprojeto

Mas, voltando ao tema, o que se vê do exame do anteprojeto, a respeito, é a busca da preponderância absoluta da jurisprudência dos tribunais superiores que deverá ser mantida “*razoavelmente estável*”, na dicção da sua exposição de motivos.

Na prática, o que já se vê hoje e certamente se verá amanhã é que o julgamento dos casos repetitivos tende a tornar a jurisprudência praticamente imutável, já que uma vez decidida a matéria, o sistema impede a abertura de qualquer nova discussão.

É certo que o anteprojeto permite a “*modulação*” dos efeitos da alteração da jurisprudência, oriunda do julgamento de casos repetitivos (art. 847, V). Entretanto, permite somente em tese, pois não informa os meios para se conseguir este objetivo; o caminho para *furar* as barreiras criadas.

Daí surge a importância do debate, no seio da comunidade jurídica, dos temas levados a julgamento de casos repetitivos. A imutabilidade que decorre dos resultados destes julgamentos impõe este cuidado.

Não é sem razão que existe previsão legal que admite a possibilidade de divulgação da controvérsia no respectivo procedimento, referindo-se a norma em vigor (art. 543-C) à possibilidade de o relator solicitar informações aos tribunais a respeito da questão, bem como a admissão de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse nela.

Entretanto, ao que parece, o acompanhamento destes processos, desde que ocorre a chamada *afetação*¹, não tem sido acompanhado (fiscalizado) pela comunidade jurídica de maneira organizada, sistemática para, se for o caso, influir no debate e denunciar desvios do procedimento.

Pior, ainda, pelo menos um caso foi cristalizado por meio do procedimento sem prévio anúncio, pegando a todos de surpresa.

3. Estudo de caso concreto que incluiu questão no rol dos recursos repetitivos sem prévio anúncio

Tendo sido sorteado relator do recurso especial 1.120.295-SP, despachou o Min. Luiz Fux no sentido de submetê-lo ao procedimento dos recursos repetitivos, declarando, no despacho de afetação publicado em 23/03/2010, que

“a presente insurgência especial versa sobre o termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte (mediante DCTF ou GIA, entre outros), mas não pagos.” (sublinhado no original)

Esta questão, atinente ao início da contagem do prazo prescricional, já tinha resultado esperado e não constituiu novidade para ninguém. No particular, constou da ementa:

“1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária, declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional.”

1. despacho onde o relator reconhece a existência dos pressupostos do julgamento dos casos repetitivos e submete o julgamento à Seção ou Corte Especial, nesta última hipótese se houver questão de competência de mais de uma Seção (Resolução nº 8, de 7/8/2008 do STJ).

Entretanto, *avançando sobre assunto não realçado no despacho da afetação*, a Primeira Seção do STJ *cristalizou outra questão processual*: Quando a prescrição tem seu fluxo interrompido em razão da propositura da ação de execução fiscal, pela simples distribuição ou pelo despacho que determina a citação.

Este assunto não foi objeto de destaque, ao ser anunciada a submissão do caso ao regime dos recursos repetitivos, surpreendendo a todos.

Com efeito, informa o relator que, na hipótese dos autos, o início do prazo prescricional, segundo o entendimento acima – que foi cristalizado por força do regime do julgamento dos casos repetitivos e corretamente anunciado no despacho de afetação –, iniciou em 30/04/1997, escoando em 30/04/2002, com a ação ajuizada dias antes, em 05/03/2002.

Ocorre que o despacho inicial e a citação ocorreram em *junho de 2002*.

O fato ocorreu quando era esta a redação do art. 174 do CTN:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pela citação pessoal feita ao devedor;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

Posteriormente, através da Lei Complementar 118/2005, o inciso I ficou assim redigido:

“I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”

De modo que, tanto fazendo aplicar a legislação em vigor antes ou depois da Lcp 118, estaria consumada a prescrição.

Embora reconhecendo este fato, o relator constrói uma fundamentação para concluir que a interrupção do lapso prescricional se caracteriza no *momento da propositura da ação* e, então, não haveria prescrição.

Para tanto, lembrou que a prescrição está associada à *inércia do titular do direito* e que a Súmula 106/STJ, assim reconhecendo, deu como desinfluyente a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da justiça².

2. Súmula 106/STJ: *“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”*

Firme neste passo, afirma que se mostra “*incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN)*”.

Reforçando a sua argumentação, lembra que o CPC tem regra, no § 1º do art. 219, estabelecendo que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, “*o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional*”

Ainda que se possa admitir que a argumentação é correta, ou seja, que a lei processual civil, ordinária que é, poderia alterar o CTN, que tem as galas de lei complementar; mesmo que se conceba que poderia o CPC sobrepor-se a uma lei complementar que lhe é posterior; até mesmo aceitando que o teor da Súmula 106, dirigida ao processo civil, possa ser aplicado à legislação tributária; permitindo que não se observe o disposto no artigo 111 do CTN³, na medida em que se socorreu das regras suplementares do CPC para tratar de matéria que estava exaustivamente regulada em norma geral própria, parece fora de propósito *crystalizar qualquer entendimento sobre qualquer matéria sem prévio anúncio*, por meio da técnica dos casos repetitivos.

O objetivo deste trabalho, na verdade, não é fazer a crítica da decisão – embora o faça, *en passant* –, interessando demonstrar a *forma* como se utilizou o procedimento dos casos repetitivos para consolidar um determinado entendimento sem prévio anúncio, tornando-o imutável e, na prática, gerando uma *insegurança jurídica inaceitável*.

A grande questão é saber se esta matéria está coberta pelo manto da imutabilidade decorrente do julgamento repetitivo, já que não foi assim anunciada, quando da afetação.

E se o órgão julgador entender que esta matéria ficou consolidada, haverá recurso? Poderá algum juiz ou tribunal, mais adiante, julgando outro caso da mesma natureza, afirmar que não reconhece a imutabilidade, posto que não foi anunciada pelo relator, quando da afetação? Aliás, será necessário, mesmo, que se faça o anúncio prévio da matéria objeto do julgamento de casos repetitivos?

3. “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;”

A importância destas dúvidas e temores é diretamente proporcional, ainda mais, ao número de processos submetidos ao rito dos casos repetitivos. Segundo se colhe do sítio do STJ na Internet⁴, são quase 500 os processos afetados, julgados e por julgar, sabendo-se que a lei 11.672, que introduziu a novidade, entrou em vigor em 2008, há pouco mais de 2 anos!

4. O anteprojeto do CPC

Comparando a lei atual com a projetada, o que se vê é que são *aperfeiçoados os controles* para que os juízes e os tribunais inferiores sigam o que for entendido pelos tribunais superiores como sendo a correta interpretação da lei, o que, uma vez firmada – em especial pelo procedimento do julgamento dos recursos repetitivos – se torna praticamente imutável.

Com a identificação de uma mesma questão de direito sendo discutida em vários recursos, o sistema previsto no anteprojeto é para que todos os processos, Brasil a fora, incluindo aqueles que se encontram ainda no primeiro grau, tenham seu curso suspenso, até que se aguarde a palavra final do STF ou do STJ.

Iniciada a discussão, num destes dois tribunais superiores, para dirimir a questão a adotar pensamento único sobre o tema controvertido, é prevista uma fase de instrução, durante a qual o relator tem a faculdade de requisitar informações aos tribunais inferiores, bem como solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. O Ministério Público, *se for o caso* – diz o anteprojeto –, deverá se manifestar.

Ocorrendo o julgamento, o anteprojeto prevê que não só os tribunais observarão (no imperativo) a tese firmada, inclusive re julgando o processo paralisado, bem como os juízos proferirão (também no imperativo) sentença no mesmo sentido.

Não há como escapar.

5. A necessidade de publicidade, de discussão prévia e de controle do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos

Independentemente do acerto do método adotado para os julgamentos em massa, diminuindo ou mesmo subtraindo dos juízes e advogados o debate sobre a matéria, no momento em que os dois tribunais avocam a resolução da questão controvertida⁵, é preciso que no julgamento dos recursos repetitivos –

4. http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp

5. Em especial com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que atalha a discussão sempre que for identificado material jurídico com *potencial* de se multiplicar.

pela dimensão de seus resultados, com *força obrigatória em todos os graus de jurisdição* – sejam impostos mecanismos para [1] prévia e ampla publicidade, para que todos os interessados possam tomar conhecimento de que está em marcha a instauração de um procedimento de julgamento de recurso repetitivo; [2] prévia e ampla discussão da matéria, deixando de se tornar mera *faculdade* do relator ouvir tribunais, pessoas e entidades e [3] exata definição do tema controvertido, que será o limite da decisão a ser proferida, além de [4] salvaguardas no processo, de modo a tornar estas garantias efetivas.

Assim sendo, o que se sugere, para cumprir os objetivos relacionados nos itens 1 e 2, acima, é que a afetação seja obrigatoriamente comunicada: aos tribunais estaduais que deverão, de imediato, dar publicidade à afetação para que juízes, desembargadores e suas entidades de classe dela tomem conhecimento; às mesas da Câmara e Senado, para divulgação interna e, finalmente, às entidades representativas dos advogados em nível nacional, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados Brasileiros, que poderão instituir procedimentos internos para que a discussão do tema seja estendida às suas filiadas regionais, ampliando o debate, tal como se deseja.

O prazo para manifestação não pode ser inferior a trinta dias.

Por outro lado, a afetação constituirá etapa devidamente regulamentada, para que o relator se preocupe em delimitar com precisão a questão a ser decidida, ficando vedado estender a discussão a outros pontos não anunciados no despacho de afetação.

Finalmente, é preciso que, em caso de ultrapassagem dos limites previamente demarcados, exista algum remédio jurídico para a correção. Além de embargos de declaração, tendo qualquer daquelas entidades legitimidade para a interposição e bem assim entidades de caráter nacional representativas dos interesses em jogo, seria possível qualquer dos legitimados interpor agravo à Corte Especial, no caso do STJ, e ao Plenário, no caso do STF.