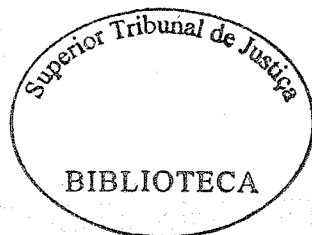


ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI  
FERNANDO MALUF  
MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

*Coordenadores*



CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA  
30 ANOS DEPOIS

UMA ANÁLISE PRÁTICA DA EFICIÊNCIA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO LUIZ FUX

Belo Horizonte

**F1 FÓRUM**

2019

# INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO VS. DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS: DA CLASS ACTION AO LEAVE TO APPEAL<sup>1</sup>

Sys-1143431

SIDNEI BENETI

## 1 A multiplicação de direitos

Mudou muito o mundo, desde que os barões ingleses exigiram ao Rei João Sem Terra, sucessor de Ricardo Coração de Leão, a assinatura da Magna Carta em 1215, mas já trazia ela preceito que garantia o acesso à Justiça sem demora: "A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça".<sup>2</sup> Mas era acesso à Justiça localizada em parco território, para poucos direitos e para muito poucos, basicamente o número de senhores feudais e dignitários eclesiásticos, restando, contudo, alijada de direitos e da justiça a larga parcela de seres humanos vassallos diante do rei e dos próprios senhores feudais.

Longa vai a distância até o infinito elenco de direitos garantidos à ampla parcela de seres humanos no mundo globalizado. A Constituição e o processo judicial acolhem em largas portas multidões a buscar enorme variedade de direitos, os quais, aliás, por sua vez, certamente serão pobres e angustas parcelas do que ainda surgirá nos tempos futuros, que nem mesmo a mais ousada imaginação pode antever.

O Direito Constitucional e sua instrumentalização pelo Direito Processual devem oferecer garantias de efetivação das pretensões concretas atuais e impensáveis pretensões futuras. Longe vai o tempo em que os exemplos doutrinários se limitavam a demandas entre sujeitos individuais, no máximo em litisconsórcio, relativas, por exemplo, ao fisiocratismo de um pedaço de chão, à disputa de sócios de uma pequena sociedade, à cobrança de um título de crédito, ou ao destino de bens hereditários liliputianos na imensa geografia do mundo, enfim, direitos de reduzido âmbito em comparação com as abrangências subjetivas e objetivas atuais.

<sup>1</sup> Escrito em homenagem ao Ministro LUIZ FUX. Um incansável idealista, que cumpre o imperativo de consciência de colocar o Processo Civil a serviço da Justiça em nossa terra – amigo e companheiro por décadas de experiência diária na Magistratura nacional!

<sup>2</sup> *Magna Charta*, art. 40.

Nada têm em comum aqueles exemplos clássicos dos manuais de Direito Civil e Processual Civil históricos, de litígios sobre a propriedade de um cavalo, a posse de um imóvel ou a sucessão de uma herdade com as demandas coletivas que provocam consequências sobre pessoas e bens em todo um país – ou uma coletividade de países – ou sobre direitos imateriais guardados *in the clouds* e gerenciados *on-line*.<sup>3</sup>

## 2 Proteção de novos direitos fundamentais de massa: *macrolides*<sup>4</sup>

Direitos fundamentais alçam-se a dimensões de massa, confundindo-se com pretensões essenciais à dignidade de todo ser humano, no país ou no exterior, tantas de alcance longínquo no universo dos bens e relações humanas.

A geração de lides derivada de novos direitos abarca universo que vai muito além da lide individual, tornando-se um ajuntamento de pretensões idênticas, derivadas da mesma lide, ou seja, a *macrolide*, que, uma vez julgada, resolve multitudinariamente os litígios subjetivamente multitudinários, que, se pleiteados individualmente em juízo, resultam em números incomensuráveis de processos contendo a mesma ação.

Contas bancárias em quantidades infinitas, defeitos de produtos produzidos em massa, contratos comerciais de repercussões ilimitadas, relações administrativas incontáveis, danos causados por desastres ecológicos individualmente catastróficos – exemplos, enfim, de imensa gama de fatos e atos geradores de efeitos jurídicos – determinam o surgimento do fenômeno da litigância com efeitos sobre incomensurável número de titulares de direitos, cuja violação, em última análise, repercute sobre os direitos fundamentais – bastando lembrar as consequências negativas sobre situação econômica, moradia, saúde, segurança e respeito aos direitos assegurados pela ordem jurídica do país.

O exercício dos novos direitos, produzidos pela sociedade moderna, deve ser garantido pelo sistema processual civil, pena de o direito perder-se em estéril e enganosa proclamação vazia em meio à imensidão dos textos jurídicos em que previstos.

## 3 Prescrições constitucionais e processuais do início ao fim dos processos

O novo Código de Processo Civil de 2015 preocupou-se em fornecer instrumentos processuais para a garantia desses novos direitos criados pela realidade da civilização atual, esforçando-se, ainda, em fornecer caminhos processuais para novos direitos que venham a surgir em virtude da infundável capacidade de criação da espécie humana.

Preocupou-se, o Código de Processo Civil com a instrumentalização da realização do direito material a partir do início do processo até o término, com o julgamento

<sup>3</sup> O *admirável mundo novo* é infinitamente maior, impensado mesmo para os imaginosos autores da *Science Fictions*, bastando lembrar que nenhum deles, por exemplo, intuiu trivialidades como a informática, a Internet, o Facebook, o WhatsApp, o Instagram, a impressora em 3D e outros novos meios que virão.

<sup>4</sup> O termo “macrolide” foi utilizado doutrinariamente pela primeira vez pelo autor do presente escrito, em Assunção de competência e *fast-track* recursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 790 e seqs. e também pela primeira vez na jurisprudência, em julgado de que Relator no STJ, referente a planos econômicos e cadernetas de poupança (REsp 1.107.201/DF e 1.147.595-RS, 2ª Seção, j. 8.9.2010).

dos recursos que se interponham, disponibilizando volumoso rol de instrumentos processuais e apregoando garantias fundamentais, que complementam as constantes da Constituição Federal.

Esses instrumentos sobressaem a cada passagem do Código de Processo Civil de 2015, que decididamente busca concretizar os objetivos daquela quarta onda do Direito Processual referida por Marcel Storme em célebre elogio a Mauro Cappelletti: “Claramente a quarta onda focaliza pela primeira vez em termos rigorosamente profissionais a verdadeira vocação social da lei processual: o banimento da injustiça do mundo por meio do adequado funcionamento do sistema jurídico”.<sup>5</sup>

Nesse ponto avulta a relevância de prescrições constantes já das primeiras disposições do Código de Processo Civil, referentes às normas fundamentais do processo civil, as quais constituem realmente *postulados*, isto é, verdades fundamentais que condicionam a coerência lógica do sistema – a atuar, no sentido kantiano, como *imperativos categóricos*, ou seja, comandos que se impõem por si sós e não podem ser desobedecidos sob pena de esboroar-se toda a congruência sistemática.

Alguns destaques concretizam, como prescrições práticas, os mandamentos da Constituição Federal de garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXVII) e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Com efeito, entre numerosos preceitos que emergem em meio ao texto do Código de Processo Civil, recorde-se que este já se inicia, a título de exemplo, com determinações como: 1º) Duração razoável do processo para a solução integral do mérito, a que as partes têm direito (CPC/2015, arts. 4º e 6º); 2º) observância dos fins sociais e exigências do bem comum, promovendo a dignidade da pessoa humana, com observância da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (CPC/2015, art. 8º); 3º) ouvida da parte contrária antes da decisão – garantia do acesso à Justiça em sentido inverso, ou seja, por intermédio do contraditório, que assegura o acesso à Justiça à parte contrária antes do julgamento que lhe seja desfavorável (CPC/2015, arts. 9º e 10).

Para viabilizar a proteção jurisdicional de direitos em massa, sobranceiro a todos, operando efeitos a processos ainda no seu início, o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987). E somam-se outros instrumentos: a assunção de competência (art. 947), a repercussão geral (CPC/2015, arts. 1.035 e 998; CF, art. 102, §3º), os recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC/2015, art. 1.036), as súmulas de jurisprudência (CPC, art. 932, IV, “a”, e V-A) e a súmula vinculante (Lei nº 11.417/2006 e CF, art. 103).

#### 4 Instrumentos processuais de garantia multitudinária de direitos fundamentais

Mas serão suficientes esses instrumentos postos pelo Código de Processo Civil à disposição dos usuários do sistema de justiça?

O surgimento de número avassalador de novos direitos e, conseqüentemente, de reprodução multitudinária de pretensões individuais à satisfação de direitos novos levou a multiplicarem-se os processos portadores da mesma ação pleiteada por número nunca antes imaginado de litigantes.

Marcel Storme (*in memoriam*), *In honorem Mauro Cappelletti: tribute to an International Procedural Lawyer*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 11.

Evidentemente não se encontram soluções, na história do direito processual passado, especialmente à época do notável desenvolvimento científico operado na onda renovadora afirmativa da ciência processual, solução sistemática para garantir o equilíbrio desejável entre o amplo acesso ao processo e a celeridade e a eficiência do procedimento necessário.

Nem mesmo o desenrolar sucessivo das ondas renovadoras do Direito Processual veio a resolver problemas fundamentais do processo, originários da construção científica operada na autonomista, à força das fascinantes construções sistemáticas germânicas de Büllow, Wach, Schönke, e italianas de Chiovenda, Satta, Carnelutti, Calamandrei, Betti, Zanzucchi, Liebman e seus seguidores – entre os quais o gênio de Cappelletti, que, contudo, à vivência acadêmica norte-americana que propiciou o Projeto Firenze com Brian Garh, apontou o vetor para a importação de institutos típicos do *Common Law*, como a *Class Action*, para a aglutinação de pretensões homogêneas, ajuntando ações diversas em um único processo de satisfação prévia da pluralidade de pretensões.

É preciso, contudo, atentar a que, se Cappelletti desbravou o caminho para a ação coletiva, que em boa hora veio para o direito brasileiro a partir da Lei da Ação Civil Pública<sup>6</sup> e do Código de Defesa do Consumidor,<sup>7</sup> não operou, contudo, a criação de meios específicos concretos para fazer frente à torrencial quantidade de ajuizamentos de novos processos ante a liberação do acesso à Justiça, quer em 1º grau, quer nos tribunais de 2º grau, de acesso absolutamente necessário para a revisão de fatos e a interpretação do direito, quer, ainda, e sobretudo, nos Tribunais Superiores, a saber, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, únicos competentes para a interpretação dos dispositivos legais questionados às centenas de milhares em decorrência da massa tsunâmica de julgamentos e respectivos recursos.

Em suma, a garantia de direitos novos limitou-se à garantia do ajuizamento, isto é, da judicialização – logo geradora do efeito perverso da procrastinação da realização de direitos por litigantes recalcitrantes rapidamente adestrados nas artes da raposia processual –, não se garantindo, entretanto, a finalização dos processos. Em outras palavras, como já se disse e repetiu, abriram-se as portas de entrada em juízo, mas olvidou-se de abrir as portas de saída, com a agravante de se frustrar a efetivação maciça de direitos à procrastinação decenária da execução dos julgados.

## 5 Faltou instrumentalizar alguma forma de *leave to appeal*

Sem dúvida que o Direito Comparado bem conhecia o instituto do *leave to appeal*, surgido na Corte Suprema dos Estados Unidos via Reforma Taft, na *Judges' Bill*, de 1925, que disciplinou o processo do *Certiorari*, regrando a admissibilidade na Corte Suprema. Mas não se privilegiou a disseminação doutrinária, que, no caso, tinha de preceder à introdução legal, do instituto – estancando-se a modernidade exclusivamente no acesso à Justiça.

Sem dúvida, há absoluta necessidade de criação de filtros processuais para o sistema recursal (não se referindo aqui aos filtros de ajuizamento, também necessários, como a implantação de adequados sistemas de exigência de veracidade do valor das

<sup>6</sup> Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24.7.1985.

<sup>7</sup> Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11.9.1990, arts. 83 e segs.

causas, de idoneidade do pleito de insuficiência econômica para a assistência judiciária, de coibição da insinceridade da demanda e outros).

Em anteriores trabalhos,<sup>8</sup> expôs-se a preocupação centralizada nos mecanismos processuais de filtragem recursal, antecipando a discussão a respeito do instituto do *leave to appeal*, ora absolutamente necessário para que se resolva realmente a grave equação posta pelas garantias do acesso à Justiça e da eficiência processual. Antagonismo, aliás, mais aparente do que real, porque sem eficiência não há acesso à Justiça, mas apenas simulacro enganoso de proclamações programáticas irreais.

Assim, no sistema do *Common Law*, as Cortes Supremas e, quando o caso, as Cortes de Apelação, dos Estados Unidos, do Canadá, da Austrália, da Nova Zelândia, utilizam-se da seleção de casos adequados ao deslinde jurisdicional de teses no momento em que se apresentam e como são oferecidas, inclusive quanto à adequada sustentação, para não se frustrar o exame aprofundado diante de deficiente sustentação da tese. No sistema do *Civil Law*, a Corte Constitucional e o Tribunal Federal da Alemanha, as Cortes Constitucional e de Cassação da França e os Supremos Tribunais da Espanha e de Portugal vêm utilizando, cada qual segundo as peculiaridades do próprio sistema, o instituto do *leave to appeal*.

## 6 A dispersão dos julgamentos recursais

A adequada admissibilidade de casos para julgamento pelos tribunais, especialmente pelos Tribunais Superiores, exige a participação de todos os integrantes da Corte – ou de eventual Seção Especializada da Corte, que seja a única competente para o caso –, pena de o contrário incentivar a cizânia na orientação jurisprudencial, cizânia essa perfeitamente natural, visto que um corpo colegiado dotado de absoluta independência supõe a absoluta independência de pensamento de seus integrantes na interpretação da lei.

Para tanto, os julgamentos devem ser tomados com a presença de todos os integrantes do colegiado, afastada a ideia de julgamentos por quórum mínimo ante eventual ausência, bem como a cogitação de substituições de julgadores mediante a convocação de magistrados de outros tribunais para a composição. O debate colegiado deve propagar a todo o meio jurídico e aos jurisdicionados em geral a noção de que o

<sup>8</sup> V. Sidnei Beneti, Assunção de competência e *fast-track* recursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 790 e segs.; Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 473; Monocratismo, monologismo e colegialidade nos tribunais. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luís Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao ministro Cesar Asfor Rocha*. Ribeirão Preto: Mígalhas, 2012. p. 303 e segs.; Formação de jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. In: *Superior Tribunal de Justiça: doutrina*. Edição comemorativa 25 anos. Brasília: Gabinete do Ministro Diretor da Revista, Ministra Nancy Andrighi, 2014. p. 217 e segs.; Volume de processos e instrumentos de solução. In: *Superior Tribunal de Justiça: doutrina*. Edição comemorativa 20 anos. Brasília: Gabinete do Ministro Diretor da Revista, Ministro Fernando Gonçalves, 2009. p. 585 e segs.; Reformas de descongestionamento de tribunais. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 507 e segs.; A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, t. 2, p. 243 e segs.; Unidade de jurisdição e filtros de temas nacionais nos Tribunais Superiores. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 706 e segs.; O Nurer: Núcleo de Recursos Repetitivos do STJ e o novo recurso especial. In: *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014. p. 817-824.

juízo é seguro e estável, não sujeito a variações futuras. Por isso, o sistema supõe, também, que, encerrado o julgamento colegiado, nenhum dos integrantes da Corte profira decisões discrepantes do que foi anteriormente firmado.

Não deve importar o instrumento processual – recursal ou de competência originária – em que proferido o julgamento. O que possui relevo para o meio jurídico e para os jurisdicionados em geral é a tese, o núcleo da questão – aquilo sobre que se controverte –, o mérito do recurso ou a causa de admissibilidade ou inadmissibilidade recursal. Efeitos diversos a modalidades recursais diversas apenas complicam o sistema, incentivando a recalcitrância de todos os jurisdicionados na observância das decisões judiciais.

Trata-se, em suma, daquilo que, como é bem conhecido, indica-se como *stare decisis et non quieta movere*. Julgado o tema, não se volta a ele, salvo se ocorrida alteração constitucional ou legal, ou se alterados fatos objetivos ou valores profundos da sociedade em que proferido o julgamento, e condicionantes deste. Assim estará garantida a estabilidade jurisprudencial, ao menos pelo tempo em que a Corte permanecer com a mesma composição – a qual, por sua vez, deve ser de longo tempo, afastando-se, por inconveniente, sobretudo em sistema como o nacional, possível incentivo à rotatividade via mandatos judiciais análogos aos mandatos de ocupantes de cargos políticos.

## 7 Instrumentos do Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 reconheceu a existência do grave problema da falta de eficiência judiciária, especialmente ante a demora intolerável dos processos. Por isso manteve anteriores instrumentos, ou criou instrumentos novos, úteis ao enfrentamento do fenômeno da desnecessária judicialização em todos os graus de jurisdição.

Mas esses instrumentos são insuficientes, pois trazem em seu bojo o germe, que os corrói internamente, da *descolegialidade*, como, por exemplo: 1º) a manutenção de órgãos julgadores com competência concorrente idêntica (nos Tribunais Superiores, pelo menos as duas Turmas Julgadoras, posteriormente as Seções de Julgamento e, por fim, os Plenários ou Cortes Especiais), verdadeiros desincentivos à formação de jurisprudência clara e segura para todos os jurisdicionados e para o meio jurídico; 2º) o monocratismo, extremamente nocivo em todos os sentidos, conquanto aparentemente necessário para a diminuição do número de sessões colegiadas que, também aparentemente, seriam necessárias – mas cuja desnecessidade surgiria se instituídos mecanismos sugeridos de *leave to appeal* para a admissibilidade recursal, bastando, para modelo, a observação do que se passa nos mais eficientes tribunais estrangeiros; 3º) pletora de recursos internos extremamente numerosos, desgastantes e, o que também é muito grave, criadores de verdadeira opacidade processual incidental, à vista da quantidade de escritos recursais e de julgamentos por cotejar, o que torna o processo, ao contrário da clássica construção de Chiovenda, uma *fonte autônoma de males*,<sup>9</sup> em cujas fímbrias se esvai a análise do direito material efetivamente trazido a juízo pelos interessados – isto é, aquilo para o que foram feitos os juízos e tribunais!

<sup>9</sup> Conhecida a lição de Chiovenda, posteriormente largamente repetida, de que o processo constitui fonte autônoma de bens, porque é o único meio de criação da certeza jurídica, ante a coisa julgada.

## 8 Uma solução à procura de um autor

Ante o déficit de efetividade do sistema processual nacional, que incentiva a geração de processos em vez de controlar a judicialização excessiva, forçoso reconhecer que, na atualidade, está mal resolvida a equação acesso à Justiça, que deve ser incentivado, *versus* efetividade da tutela jurisdicional.

A implementação de mais eficientes filtros de admissibilidade recursal pelos tribunais, à moda do *leave to appeal*, que preserva a destinação específica da competência de cada tribunal – em especial os Tribunais Superiores –, constitui medida de urgente implantação, até porque de eficiência já testada pelos povos que há muito tempo enfrentaram a necessidade de garantir o direito fundamental da garantia do acesso aos direitos sem a dispersão na massa de processos e recursos.

Essa é matéria que compete ao meio jurídico, doutrinário, legislativo e judiciário, resolver. Em suma, permitindo-se parodiar Pirandello,<sup>10</sup> são vários temas à espera de uma solução, ou, ainda, uma solução à procura de um autor!

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BENETI, Sidnei. Inafastabilidade da jurisdição vs. duração razoável dos processos: da *class action* ao *leave to appeal*. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 397-403. ISBN 978-85-450-0598-8.

---

<sup>10</sup> Luigi Pirandello, *Seis personagens à procura de um autor*.