



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

AMANDA RIBEIRO LEMOS

**UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE
INSTITUTO A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988**

Brasília

2019

AMANDA RIBEIRO LEMOS

**UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE
INSTITUTO A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988**

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel pelo Curso de Direito da Faculdade de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília

2019

AMANDA RIBEIRO LEMOS

**UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE
INSTITUTO A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988**

Artigo apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel pelo Curso de
Direito da Faculdade de Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília

2019

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. João Ferreira Braga

Orientador

Prof. Dr.

Examinador

A minha Jubs, que tornou isso possível.

**UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE INSTITUTO
A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988**

Amanda Ribeiro Lemos

Prof. Dr. João Ferreira Braga

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise do efeito vinculante no Recurso Especial Repetitivo à luz do julgamento paradigma do Tema Repetitivo 988. O primeiro capítulo faz um breve histórico dos institutos utilizados pelo Poder Judiciário com vistas a alcançar um julgamento mais célere e isonômico, bem como discute questões controvertidas relacionadas ao efeito vinculante dos precedentes. No segundo capítulo, há um breve relato dos REsp 1.696.396 e do REsp 1.704.520, dos debates ocorridos durante as sessões de julgamentos e das polêmicas em torno da taxatividade das decisões interlocutórias agraváveis. No terceiro capítulo, há uma análise do acórdão proferido em sede de Recurso Especial Repetitivo, no qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC.

Palavras-chave: Recurso Especial Repetitivo. Efeito vinculante. Tema 988. Agravo de Instrumento. Taxatividade mitigada.

SUMÁRIO

1 EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E SOCIAL.....	6
1.1 PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1988): REESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	8
1.2 ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW E COMMON LAW	12
1.3 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES	16
1.4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	20
1.5 DA NECESSIDADE DO EFEITO VINCULANTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.....	26
2 DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DE CASOS CONCRETOS: RECURSO ESPECIAL Nº1.696.396/MT E RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT – TEMA REPETITIVO Nº 988	30
2.1 DO RECURSO ESPECIAL N º1.696.396/MT	33
2.2 DO RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT.....	35
2.3 DO TEMA REPETITIVO Nº 988	36
2.4 DAS SESSÕES DE JULGAMENTO: DEBATES E ANÁLISES.....	40
3 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
4 REFERÊNCIAS	59

1 EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E SOCIAL

O presente estudo objetiva estudar as perspectivas políticas, dogmáticas e sociais do mecanismo Jurídico Processual do Recurso Especial Repetitivo, a partir da análise do julgamento dos REsp 1.696.396 e do REsp 1.704.520 que analisaram a taxatividade rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

É notório que nos últimos anos os poderes legislativo e judiciário empenharam-se em democratizar o acesso à justiça a fim de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes. Não obstante, o amplo acesso da sociedade à justiça não foi acompanhado de planejamento capaz de conferir uma estrutura adequada e suficiente para atender ao crescimento dessas demandas o que ocasionou, conseqüentemente, a sobrecarga do Poder Judiciário.

Assim, diante dessa nova conjectura jurídica-social e da impossibilidade do Poder Judiciário de oferecer uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o legislador passou a imprimir mudanças nos procedimentos criando novos filtros e mecanismos processuais capazes de conferir praticidade e celeridade aos julgamentos.

Tais medidas fizeram-se necessárias, e, por que não dizer, fundamentais, de modo especial no âmbito das Cortes Superiores, uma vez que esses filtros visam impedir que os Tribunais Superiores atuem como uma terceiriza instância, apreciando decisões oriundas dos Tribunais Regionais que já aplicaram o entendimento adotado nesses órgãos de cúpula.

Nesse sentido, o instituto do Recurso Especial Repetitivo representa um dentre tantos outros mecanismos consagrados pelo legislador com vistas a restringir o volume de demandas no poder judiciário e acelerar o julgamento dessas.

Isso, pois esse instituto possibilita, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem, de maneira adequada, a controvérsia¹.

Ou seja, representam a possibilidade de o Poder Judiciário acolher o preceituado no artigo 5º, inciso LXXVIII,² razoável duração do processo, sem violar o disposto no inciso XXXV³ do mesmo dispositivo, Princípio da Igualdade.

Entretanto, a aplicação desse mecanismo terá consequências. Algumas evidentemente positivas, como a celeridade de julgamento, o “desafogamento” do Superior Tribunal de Justiça e, precipuamente, um julgamento isonômico em causas que possuam idêntica controvérsia. Outras, entretanto, precisarão ser ponderadas e analisadas com cautela pelos aplicadores do direito. Eis o Tema Repetitivo 988, o qual será o objeto de análise do presente artigo.

Nessa perspectiva, o presente trabalho objetiva analisar o efeito vinculante do Recurso Especial Repetitivo a partir do julgamento do Tema Repetitivo 988, com o intuito de suscitar os debates sobre o tema e contribuir academicamente para a ampliação do estudo acerca desse instituto, sem, contudo, a pretensão de esgotar o assunto.

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Repetitivos e IAC. Brasília. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>. Acesso em: 20 abr. 2018.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.

1.1 PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1988): REESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de proceder à análise de forma mais aprofundada das questões atinentes ao instituto do Recurso Especial Repetitivo, faz-se necessário apresentar a retrospectiva histórica do Poder Judiciário brasileiro a fim de propiciar a compreensão de suas estruturas, funcionamento e competências.

Pretende-se, sucintamente, relatar os motivos que ensejaram a formação do Superior Tribunal de Justiça, o qual fora instituído pela Constituição Federal de 1988, bem como compreender o papel assumido por esse órgão de cúpula após a reorganização do Poder Judiciário, com vistas a assegurar a preservação do estado federado e da tutela da ordem jurídica.

Isso, pois, durante muito tempo, buscou-se democratizar o acesso à justiça por meio de estudos capazes de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes.

Não obstante, o amplo acesso da sociedade à justiça não foi acompanhado de planejamento capaz de conferir uma estrutura adequada e suficiente para atender ao crescimento dessas demandas, o que ocasionou a sobrecarga do Poder Judiciário.

Tal situação subsiste no âmbito do Poder Judiciário há anos, anterior, inclusive, à Constituição da República de 1988. Alguns autores, como Carlos Mário da Silva Velloso⁴, relatam o que foi denominado, em meados dos anos sessenta, como Crise do Supremo Tribunal Federal - STF, consistente na impotência desse órgão em dar vazão à enorme quantidade de recursos que eram de sua competência.

⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Direito Constitucional: organização dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46048/44206>>. Acesso em: 14 jan 2019.

Após inúmeras tentativas frustradas, a solução encontrada pelos juristas foi a criação de um novo tribunal. Dessa forma, preconizada estava a criação do que viria a ser o Superior Tribunal Justiça- STJ. Sobre essa questão:

Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais, que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga (Revista de Direito Público e Ciência Política, cit.⁵)

A finalidade almejada com a criação de um novo tribunal consistia, em suma, em atribuir ao STF apenas matérias constitucionais, de modo a permitir que essa corte as analisasse com maior cautela e tempo, uma vez que ao novo tribunal, o STJ, competiria a qualidade de guardião do direito federal comum.

Em síntese, com esse novo órgão, ao qual competiria o julgamento dos recursos extraordinários relacionados ao direito federal, objetivava-se reorganizar o Poder Judiciário. Isso, pois as tentativas anteriores, como os obstáculos criados como requisitos de admissibilidade dos recursos restaram infrutíferas.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso:

Em razão do excesso de demandas levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido a essa prerrogativa peculiar, obstáculos jurisprudenciais, legais e regimentais foram colocados por esse tribunal como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de barrar o número de recursos. Contudo, tais empecilhos demonstraram-se limitados, não podendo suportar o acúmulo de processos, gerando delonga na prestação jurisdicional, daí a denominada “crise do Supremo”⁶.

⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Op.cit,

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O STJ fora criado para absorver muitas das competências originárias ou recursais antes atribuídas ao STF, uma vez que a estrutura do Poder Judiciário, até então existente, não permitia a eficiência e a celeridade necessárias à aplicação da justiça aos processos que avolumaram, consideravelmente, com o fim do período militar.

Contudo, mesmo após a criação do novo Tribunal, o sistema Judiciário brasileiro começaria, conforme afirma Benedeti, “a perceber um agravamento dos problemas que, a bem da verdade, já vinha enfrentando⁷”. Quantos aos motivos que ensejaram o ápice da crise, destaca:

A razão está na extensão da constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivas que resultou em um substancial crescimento da demanda pelos serviços do Poder Judiciário em todo o País. A isso se somam fatores de natureza processual, estrutural e de gestão, traduzidos em “número excessivo de recursos processuais, excesso de formalismo procedimental, abundância de leis, difícil acesso ao Judiciário por vários setores da população, número insuficiente de magistrados e servidores, pouca informatização das unidades judiciais, falta de planejamento estratégico, deficiência no controle administrativo, dificuldade de integração com outras instituições judiciais e operacionais, como Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia, dentre outros”.

Insta salientar que essa crise institucional evidenciada pelo excesso de demandas, pela lentidão no julgamento dos processos, pela ausência de isonomia, bem como pela ausência de eficiência na prestação jurisdicional, persiste até hoje.

Tal fato é facilmente evidenciado no discurso de posse da Ministra Laurita Vaz, quando assumiu, em setembro de 2016, a presidência do STJ:

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pelo Constituinte de 1988, no auge da chamada “crise do STF”, assim reconhecida porque se chegou à quase inviabilidade daquela Corte Suprema pelo excessivo número de processos. E, de lá para cá, muitas mudanças ocorreram. A população aumentou, as instituições que instrumentalizam o direito, acima referidas, foram sendo melhor aparelhadas, a informação foi se tornando mais acessível à população antes excluída, enfim, as demandas continuaram a crescer. Na última década, temos enfrentado um crescimento anual e progressivo na quantidade de processos distribuídos a cada um dos ministros que integram o

⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina*: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

STJ. As alterações legislativas e as adaptações da estrutura interna do tribunal não têm sido suficientes para acompanhar essa demanda crescente, muito embora se reconheça um esforço hercúleo dos ministros e dos servidores, com resultados surpreendentes de produtividade. ⁸(Grifo nosso).

Tal fato exige uma contínua evolução do Poder Judiciário que, almejando solucionar ou, ao menos, mitigar tais falhas, incessantemente, se modifica.

Dentre tantas medidas objetivando esse fim, a obra intitulada “25 anos do tribunal da Cidadania”,⁹ a qual analisa os vinte e cinco anos de existência do STJ cita a Reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, o emprego de súmulas, a digitalização dos processos e a Lei nº 11.672/2008 – Lei dos Recursos Especiais Repetitivos.

Nesse mesmo sentido Dierle Nunes e André Frederico Horta explicitam:

Nas últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, desde a criação dos referidos enunciados de súmulas (inicialmente, apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio lei nº 8.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/73, e da lei nº 11.276/06, que acrescentou o § 1º ao art. 518 do mesmo diploma), da Súmula Vinculante (art. 103-A do CPC, criado pela Emenda Constitucional no 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 2.85-A do CPC/73, introduzido pela lei no 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, § 3º, da CR, introduzido pela EC no 45/04, e arts. 543-A a 543-C do CPC/73, criados pelas Leis no 11.418/06 e 11.672/08).

Não obstante a importância de todos os institutos na busca por um processo mais democrático, célere, eficiente e transparente, este trabalho se limitará à análise de apenas um dos instrumentos utilizados pelo STJ com vista a alcançar esses objetivos, qual seja, o

⁸ VAZ, Laurita. Discurso de posse da ministra Laurita Vaz no cargo de presidente do superior tribunal de justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Discurso%20de%20posse%20no%20cargo%20de%20presidente%20do%20STJ.pdf. Acesso em: 19 fev.

⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

Recurso Especial Repetitivo. Entretanto, perpassará por algumas outras questões fundamentais para a compreensão desse instituto.

Por fim, após o estudo do Recurso Especial Repetitivo, far-se-á uma análise desse mecanismo à luz do estudo do caso concreto do Tema Repetitivo 988, a fim de verificar se, de fato, esse instituto, a partir desse caso específico, tem contribuído para solução ou, ao menos, mitigação dos problemas anteriormente mencionados.

1.2 ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW E COMMON LAW

O Sistema jurídico brasileiro, consoante se infere do o art. 5º, II, da Constituição Federal¹⁰, tem a lei como fonte primária do seu ordenamento jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, encontra-se estruturado, em um primeiro momento, a partir do sistema da *Civil Law*.

Outros países, como, por exemplo, Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia apresentam um sistema estruturado a partir da supremacia da *Common Law* em detrimento de leis, de modo que, nesses casos, os costumes, firmado pelos precedentes, são a principal fonte do direito. Ou, seja, trata-se de um direito jurisprudencial.

Quanto a esses dois modelos, Cláudia Sarturi esclarece que a diferença entre eles não está essencialmente no conteúdo, mas sim, na individualização dos direitos:

A diferença consiste na forma de individualização dos direitos. No primeiro caso, a lógica é do tipo indutiva, ou seja, de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada a casos futuros. O processo serve de instrumento técnico para constituição do próprio direito. No segundo caso, a lógica

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dezembro 2018

judiciária é dedutiva, pois da regra geral (lei) deduz-se uma regra particular ao caso concreto. O instrumento que se vale o direito é a legislação¹¹.

Sarturi também afirma que “não existem modelos puros” e que, portanto, a tendência é de aproximação entre o sistema da *Common Law* e da *Civil Law*. Nesse sentido é também o posicionamento de Elpídio Donizetti:

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas as razões por que os dois sistemas se aproximam.¹²

A atual conjectura do ordenamento jurídico brasileiro coaduna-se com os posicionamentos expostos pelos citados doutrinadores, vez que tanto o precedente, primordial fonte do direito na *Common Law*, quanto a lei, principal fonte no *Civil Law*, consistem em fundamentos das decisões judiciais.

Nesse prisma, parece adequado o posicionamento de Lopes Filho ao analisar a aproximação do *Civil Law* ao *Common Law*:

[...] o constitucionalismo contemporâneo, na qualidade de fenômeno mundial, forçou os dois sistemas a se moverem conjuntamente em um mesmo sentido, implicando, portanto, uma indistinta troca de institutos na busca de uma solução nova e adequada ao atual estágio de desenvolvimento jurídico de ambos.

Não obstante tal harmonização entre os sistemas, as contribuições oriundas da *Common Law* não se limitam à utilização do precedente. Ao contrário, outras técnicas desse sistema também foram introduzidas no Brasil. Dentre tantas, citam-se as características do

¹¹ SARTURI, Claudia Adrielle. *A Teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília: Publicações da Escola da AGU – volume 9, n 2 (abril 2017)

¹² DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 13 fev 2019.

Stare decisis. Essas, por sua vez, serão fundamentais para este estudo, uma vez que uma interpretação analógica entre *Common Law* e *Stare Decisis*, auxiliará na compreensão do Recurso Especial Repetitivo.

Quanto a esse aspecto, a diferença entre um mero precedente, persuasivo, e um precedente com força vinculante assemelha-se à diferença entre *Common Law* e *Stare decisis*.

Nesse sentido:

Common law não se confunde com *stare decisis*. Aquele nasceu como um sistema em que não havia direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir das decisões das cortes reais, ou seja, o direito se forma a partir de casos julgados. Neste, por sua vez, o precedente não constitui apenas fonte de produção do direito, mas tem que ser seguido pelos órgãos judiciais. Assim, os tribunais são vinculados às suas próprias decisões, e as decisões dos tribunais de hierarquia superior subordinam as decisões dos tribunais de hierarquia inferior.¹³

Gustavo Santana Nogueira ensina que "a teoria do *stare decisis* preconiza, pois, o respeito ao precedente, vinculando o Judiciário para os casos futuros, porém sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*biding effect*)"¹⁴ Já Lopes Filho, ao analisar a aplicação desse instituto no Brasil, afirma que "de fato, os institutos do *stare decisis* sofrem a remodelagem pela tradição do *civil law* como visto a respeito da força vinculante, em que no sistema de tradição inglesa é uma concepção do próprio Judiciário, enquanto, aqui, vem se traduzindo em imposição legislativa e constitucional."¹⁵

Ou seja, semelhante ao que ocorreu na *Common Law*, também no Brasil, a preocupação com a insegurança jurídica ensejou a busca por um mecanismo que compelsse os operadores do direito a ater-se as decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes.

¹³, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁴ SANTANA, Gustavo In: LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

¹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016

Esse mecanismo de imposição dos precedentes somente será bem compreendido, caso seja analisado, no Brasil, conforme afirma Zaneti Jr., a partir de uma perspectiva de tradição híbrida e não meramente de *Civil Law*:

A eficácia dos precedentes, na tradição de *civil Law*, seria apenas persuasiva, e não vinculante. Por isto, a doutrina brasileira que afirma ser o Brasil um país de *civil Law* não consegue compreender a força vinculante dos precedentes (em verdade, o Brasil não é um país de *civil Law*, mas uma país de tradição híbrida – *civil Law* e *common Law*.¹⁶

Nesse mesmo sentido é posicionamento defendido por Michele Taruffo, segundo a qual “Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil Law*”.¹⁷

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, a advogada Ana Carolina Oliveira, em sua obra intitulada “Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*”, tenta responder ao seguinte questionamento: a técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*?

Após analisar minuciosamente os dois modelos, apontando suas origens, semelhanças, evoluções e divergência, conclui que, de fato, nos últimos anos houve reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial. Entretanto, ressalva que “a adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.”¹⁸

Com a citação desse histórico dos sistemas adotados, almeja-se demonstrar que o Brasil, país com um dos sistemas de controle mais complexos do mundo, vem, a exemplo do que ocorreu em diversos lugares, gradativamente, adotando novas técnicas e tendências,

¹⁶ ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: Didier Jr., Fredie. Precedentes. Bahia: JusPodivm, 2016

¹⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011

¹⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público**, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 109-126, jul-ago 2015.

baseadas no sistema da *Common Law*, com vistas a minimizar a carga de trabalho dos tribunais superiores, a insegurança jurídica, bem como assegurar uma prestação jurisdicional célere e eficaz, uma vez que o modelo puro da *Civil Law* se mostrou insuficiente para atender às demandas da sociedade e acompanhar a sua evolução.

1.3 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, conforme citado anteriormente, embora a lei seja fonte primária, não é a única. Ao contrário, o precedente judicial tem significativa importância.

Partindo dessa mesma linha de raciocínio, o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Elpídio Donizetti, afirma a necessidade de se repensar o conceito de lei disposto no artigo 5º, inciso II da Carta Magna¹⁹:

Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico.²⁰

Admite-se, portanto, a partir da adoção das novas técnicas mencionadas, as quais são baseadas em precedentes, que o Judiciário tem uma função colaborativa à do legislativo, pois adapta o sentido e a interpretação a ser dada à norma, conforme o desenvolvimento e as alterações sociais, posto que a lentidão nas alterações legislativas impossibilita as leis de se ajustarem perfeitamente aos casos concretos, competindo ao Judiciário a prerrogativa de adaptação do texto legal à realidade factual.

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dezembro 2018.

²⁰ DONIZETTI, Elpídio. Op. cit.

Ora, os precedentes com força normativa, além de permitir que o entendimento aplicado ao caso concreto esteja em consonância com os valores e anseios da sociedade naquele momento, também permitem reduzir o número de demandas e de recursos meramente protelatórios.

Isso, quando estiver diante de um precedente com efeito vinculante, pois se entende por “mero precedente” quando um órgão jurisdicional se vale de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento. Se a decisão não transcender o caso concreto, nunca sendo utilizada como razão de decidir de outro julgamento, não é considerada precedente.²¹ Trata-se de um precedente meramente persuasivo.

Já os precedentes com efeito vinculante, caso do Recurso Especial Repetitivo, têm efeito vinculante obrigatório, pois compele tanto o Tribunal que proferiu a decisão, quanto os demais tribunais e juízos hierarquicamente subordinados àquele.

Zaneti Jr. define os termos “mero precedente” e “precedente com efeito vinculante”, respectivamente, como jurisprudência e precedente, afirmando, inclusive que, após a publicação do atual Código de Processo Civil, “devemos deixar de utilizar, no vocabulário teórico brasileiro, a expressão ‘direito jurisprudencial,’ e jurisprudência, uma vez que esses não são incompatíveis com a teoria de precedentes formalmente vinculantes:

Por isso, insistimos na distinção, a jurisprudência e o direito jurisprudencial são baseados unicamente em bons exemplos de decisão, que podem ou não ser seguidos, a depender do juízo crítico do julgador. Daí resultarem na chamada vinculação *de facto* ou *ad exemplum*, sem caráter normativo ou força vinculante.

Ora, a diferença não é pouca, nem sutil. Precedentes vinculam. Jurisprudência persuasiva não vincula.²²

²¹ SARTURI, op.cit.

²² ZANETI JR, Hermes. Op.cit.

De fato, durante muito tempo houve dúvidas sobre a vinculação ou não de determinados precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código Processo Civil, esclareceu a questão e, conseqüentemente, aperfeiçoou o *stare decisis* brasileiro ao explicitamente determinar como os juízes e tribunais deverão aplicar os precedentes.

De modo específico, a solução para a questão divergente na doutrina encontra-se disposta no artigo 927 do Código de Processo Civil, o qual objetiva impedir que os tribunais superem seus precedentes sem qualquer justificativa plausível e, conseqüentemente, violem o princípio da isonomia e da segurança jurídica. A fim de analisar melhor o artigo supracitado, faz-se importante colacioná-lo na íntegra:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.²³

Sobre o mencionado artigo, cumpre analisar a conclusão de Ronaldo Cramer:

[...] “juízes e tribunais observarão”, tem clareza semântica difícil de superar. O verbo observar, nesse caso, não tem o sentido de “olhar com atenção”, mas o de “cumprir” ou “respeitar”. Diante do que está escrito no texto, não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes.

Além do mais, o art. 927 do NCPC, tanto o caput e os parágrafos, encontra-se estruturado a partir da premissa de que os precedentes ali relacionados são vinculantes. O maior exemplo disso, como já explicado, constitui o seu §1º, que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes arrolados pelo caput. Essa regra só tem razão de ser se, evidentemente, os precedentes do caput forem considerados vinculantes. Do contrário, ela não faz o menor sentido. É possível concluir, a partir de tudo o

²³ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

que foi dito, que o art. 927 do NCPC abriga uma relação de precedentes vinculantes.²⁴

Nesse mesmo sentido está o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

170. (art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.²⁵

Nessa perspectiva, Francis Ted Fernandes esclarece que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório e fundamenta essa conclusão na redação do artigo 489 do CPC, a qual registra que qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem mostrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, será considerada não fundamentada.²⁶

Assim, depreende-se que a intenção do legislador é, de fato, a de vincular a decisão a todas as instâncias subordinadas ao órgão que a proferiu. É possível chegar à mesma conclusão a partir da análise de outros dispositivos do Código de Processo Civil, dentre eles o artigo 332, 1.039 e 1.040.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

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

²⁴ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016

²⁵ Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 29 abril 2018.

²⁶ FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes no Novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre entendimento do juiz. IDP. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=50>. Acesso em: 14 jan 2019.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de ²⁷honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Os artigos colacionados permitem inferir o efeito vinculante tanto dos precedentes decididos em sede de Recurso Especial Repetitivo, quanto daqueles que sagraram consolidados por meio de outros instrumentos, como a súmulas, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Não obstante, para a discussão almejada neste trabalho, interessa apenas o efeito vinculante do Recurso Especial Repetitivo, o qual será objeto de específica análise nos próximos tópicos.

1.4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Hermes Zaneti Jr consegue sintetizar com muita clareza a importância do novo Código de Processo Civil no que tange à vinculação dos precedentes. Isso porque o autor reconhece

²⁷ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

que há tempos já se adotava no Brasil tal técnica de vinculação. Contudo, após a propositura do Novo Código, esse instrumento deixou de ser, conforme assevera Lopes Filho²⁸, uma mera aproximação do *Common Law* ou simples importação do *Stare Decisis* e tomou dimensões próprias:

Os precedentes representam uma mudança paradigmática do novo CPC. Os precedentes vinculantes são, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação. O direito anterior vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do *stare decisis* – regra que, no *common Law*, determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente – nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta agora. O Direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico.²⁹

Zaneti Jr, afirma ainda que o direito civil acertou ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa do precedente pois, dessa forma, modificou as normas, regras e princípios do ordenamento jurídico, de modo que a partir dessa nova perspectiva tanto a lei quanto o precedente têm efeito vinculante, portanto, caráter normativo.³⁰

Outros autores, como Dierle Nunes e André Frederico Horta também afirmam que antes do atual Código de Processo Civil o que se tinha eram:

[...]reformas processuais (já mencionadas³¹) que visam, sob a justificativa da razoável duração do processo, à padronização decisória em prol da celeridade processual, da sumarização da cognição e do reforço da jurisdição, com a instauração de "uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, ainda que isso "ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos 'resolvidos'"³².

Por fim, os mencionados autores afirmam que o Novo Código surge com vista ao aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes. Contudo, ressaltam que caso essa nova

²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Op.cit.

²⁹ ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: Didier Jr., Fredie. Precedentes. Bahia: JusPodivm, 2016.

³⁰ ZANETI JR, Hermes. Op.cit.,

³¹ Enunciados de súmulas, súmulas vinculantes, julgamento liminar de demandas repetitivas e julgamento de recursos excepcionais por amostragem.

³² NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

lei não seja interpretada de acordo com os princípios previstos na própria lei, bem com a teoria normativa da cooperação, ter-se-á, apenas, a reprodução do antigo modelo:

Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da coparticipação, corre-se o risco de manter-se o “velho” julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo universal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especial se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conforme em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas.³³

Logo, superados estão os antigos modelos de precedentes até então utilizados, de modo que a conduta a ser adotada, nessa nova perspectiva, por todos os envolvidos na prestação jurisdicional, suscita o entendimento de que deve coadunar-se com os princípios e previsões dessa nova legislação.

Ou seja, para esses autores todos os envolvidos na prestação jurisdicional devem atuar partindo da premissa de que os precedentes são vinculantes. Isso, pois, conforme evidenciado, para eles, tal questão está superada. Não há dúvidas de que os precedentes, após o CPC 2015, são vinculantes.

Todavia, esse entendimento não é absoluto. A questão correlacionada à vinculação dos precedentes no atual Código Processo Civil exige a análise dos argumentos de parte de Doutrina que diverge do entendimento até então evidenciado.

Quanto a esse aspecto, faz-se mister expor o posicionamento dos professores Cássio Scarpinella Bueno e Nelson Nery Jr.

³³ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Para Nelson Nery Jr, a expressão efeito vinculante deve vir entre aspas, pois “o que ocorreu, por meio das últimas alterações de peso impostas ao CPC/1973, reforçadas pelo atual CPC, foi a criação de um “precedente à brasileira”³⁴.

Para esse auto, não há que se falar em efeito vinculante diante da ausência de fundamento constitucional, uma vez que os únicos instrumentos que têm efeito vinculante, de acordo com a Constituição Federal, decorrem do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, respectivamente, previstos nos artigos 102 § 2.º³⁵ e 103-A³⁶ da Constituição Federal.

Nesse prisma, das hipóteses previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, apenas as mencionadas nos dois primeiros incisos teriam, de fato e à luz da Constituição Federal, efeito vinculante. Nos demais incisos (art. 927, III a IV), o juiz deve “aplicar livremente os preceitos abstratos e gerais (leis, *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo proveniente do tribunal.”³⁷

Nesse sentido:

Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e

³⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

³⁵ Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abril 2019.

³⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abril 2019

³⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit.

dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição. [...]

Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção³⁸

Portanto, Nery Jr. defende a inconstitucionalidade do efeito vinculante no tocante às demais hipóteses previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, pois, para ele, essa questão precisa estar legalmente prevista na Constituição e como essa não foi alterada, não é possível afirmar a legitimidade desse instituto.

Ademais, o Código de Processo Civil não teria autoridade normativa para prever vinculação de decisões judiciais, mesmo porque isso “quebraria” a distribuição harmônica de função entre os poderes, vez que tal conduta nada mais é do que o judiciário legislando, por meio do processo, sua ferramenta, conforme se aduz de:

À exceção das hipóteses enunciadas no CPC 927 I e II, os demais casos arrolados no dispositivo comentado (CPC 927 III a V) não podem vincular tribunal ou juiz, por lhes faltar autorização constitucional para tanto, isto é, por não haver prévia e imprescindível previsão constitucional autorizando a vinculação fora dos casos da CF 103-A (súmula vinculante do STF) e 102 § 2.º (sentença de mérito transitada em julgado proferida pelo STF em ADIn e ADC). O legislador ordinário – do CPC – não tem competência para conceder ao Poder Judiciário delegação para legislar.³⁹

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno:

Saber se o CPC de 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada. Sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.⁴⁰

³⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit.

³⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

Scarpinella corrobora com o entendimento de Nelson Nery Jr, no sentido que, embora os objetivos do Código de Processo Civil, ao preverem o efeito vinculante, sejam nobres, esses devem respeitar os limites constitucionais:

Previsibilidade, isonomia e segurança jurídica – valores tão caros a quaisquer ordens jurídicas estáveis, como é o caso da brasileira, pouco importando de onde elas nasceram e se desenvolveram – devem ser metas a serem atingidas, inclusive pela atuação jurisdicional. No entanto, faço questão de frisar, há limites para o legislador infraconstitucional alcançar aquele desiderato⁴¹

Em entrevista ao TV Migalhas, Nelson Nery Jr, ⁴²afirma que “o precedente como fora criado no Brasil é uma verdadeira jabuticaba, algo que só existe aqui”. Ademais, reitera que em nenhum outro lugar do mundo a decisão judicial é vinculante e o Judiciário é criador de leis, concluindo que o precedente como fora instituído aqui é, na verdade, uma lei à qual o Judiciário submete todos os jurisdicionados.

Não obstante reiterar a inconstitucionalidade do efeito vinculante, ao final, o jurista ressalta que o Código de Processo Civil criou instrumentos de uniformização da jurisprudência, os quais são muito bem-vindos no que tange ao objetivo de fazer com que a jurisprudências dos tribunais sejam íntegras, coerentes e estáveis, ou seja, são instrumentos de uniformização e estabilização da jurisprudência.

É com essas considerações que se chega à conclusão também desse tópico, pois, em que pesem as reflexões quanto à inconstitucionalidade do efeito vinculante serem de fundamental importância para a análise do caso a ser estudado a seguir, justamente para que se possa formar um juízo crítico acerca desse posicionamento, este estudo não pretende se aprofundar, tampouco esgotar tal tema.

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit.

⁴² NERY JR, Nelson. [Especialistas criticam efeito vinculante de precedentes judiciais] Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes>>.

Ao contrário, o estudo do Tema Repetitivo 988 será feito à luz do entendimento atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, dos precedentes com força vinculante.

1.5 DA NECESSIDADE DO EFEITO VINCULANTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

O instrumento do Recurso Especial Repetitivo surgiu com a Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, a qual acresceu à Lei nº 5.869/73, antigo Código de Processo Civil, o artigo 543-C que estabelecia o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O atual Código de Processo Civil, por sua vez, disciplinou o tema nos artigos 1.036 a 1.041.

Antes da incorporação desse recurso ao ordenamento Jurídico, os dispositivos do direito brasileiro que mais se aproximam do sistema de precedentes do direito inglês eram a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição de 1988, e o efeito vinculante atribuído às ações direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade.⁴³

Todavia, entende-se que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo, por tudo ora abordado e, a partir da ótica do Superior Tribunal Justiça, também se aproxima do sistema de precedentes do direito inglês, uma vez que tem, assim como os demais instrumentos processuais previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, efeito vinculante.

⁴³ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 05.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr afirma: “o julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que têm natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios.”⁴⁴ Eis a dupla função dos julgamentos repetitivos.

Quanto a esse Recurso, Henri Matarasso Filho e Theotônio Negrão Neto, ao analisarem a sua influência na vida dos jurisdicionados, afirmam que o julgados submetidos a esse procedimento significarão a interpretação consolidada do Poder Judiciário sobre determinado tema, bem como asseveram que a aplicação isonômica da decisão em sede de Repetitivo a todos os casos que versem sobre igual controvérsia ocasionará a estabilidade da jurisprudência.⁴⁵

De fato, esses são os objetivos desse instituto, contudo, para compreendê-lo melhor faz-se necessária uma breve análise sobre o histórico e procedimento do Recurso Repetitivo.

Inicialmente, há que se ressaltar, conforme Fredie Didier, que diversos fatores contribuem para o aumento constante dos litígios, “tais como a ampliação dos meios de comunicação social, o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta de novos produtos, aumentando as necessidades do consumo humano, a fúria legislativa, entre outros”.⁴⁶

Dessa forma, partindo da premissa de que o fato que enseja uma pessoa a buscar o poder Judiciário, em muitos casos, não se limita a essa única pessoa, de modo que outras tantas também o farão, bem como do fato de que as ações coletivas são insuficientes para resolver, com eficiência e de maneira definitiva as questões de massa, fez-se necessária, a fim

⁴⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴⁵ MATARASSO FILHO, Henri; NEGRÃO NETO, Theotônio. Recursos Repetitivos no STJ e no STF: influência (mais do que jurídica) em nossas vidas. IDP. Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=501>. Acesso em: 20 fev 2019.

⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

de assegurar a razoável duração do processo e o princípio da isonomia, a criação de uma técnica de julgamento por amostragem.

Para compreender a necessidade do precedente obrigatório, inicialmente, consoante afirmam Gláucio Maciel-Gonçalves e Maria Isabel Amato Felipe da Silva, deve-se compreender que a sistemática do Recurso Especial Repetitivo está calcada no princípio constitucional descrito no artigo 5º, LXXVIII⁴⁷ da Carta Magna, qual seja, princípio da Razoável Duração do Processo.⁴⁸

Esse princípio também encontra respaldo no artigo 4º do Código de Processo Civil: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”⁴⁹

Não obstante, também, deve-se considerar que conferir entendimentos jurisprudenciais distintos ao mesmo caso concreto afronta o princípio da segurança jurídica, direito fundamental consubstanciado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal⁵⁰: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Assim, o objetivo dessa técnica de julgamento em massa de recursos especiais, fundados em questão idêntica de direito, consiste na consolidação desses princípios por meio da diminuição da sobrecarga da Corte Superior, decorrente, majoritariamente, da apreciação reiterada de recursos versando sobre a mesma matéria jurídica.

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018..

⁴⁸ GONÇALVES, G.; SILVA, M.. *Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do superior tribunal de justiça pelos tribunais de origem*. Revista da Faculdade de Direito, 2012.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>.

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018

Em suma, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo há o encaminhamento, pelo presidente ou vice-presidente dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, de dois os mais recursos representativos da controvérsia, dentre recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1.036 do CPC.⁵¹

O Relator no Tribunal superior também poderá escolher dois recursos representativos de controvérsia, independe da iniciativa do presidente ou vice do tribunal de origem, bem como não fica vinculado aos processos por eles indicados. Os demais processos que versem sobre a mesma matéria ficam sobrestados até o julgamento do “Caso Piloto”.⁵²

Após o julgamento do recurso paradigma, os processos suspensos são devolvidos aos órgãos julgadores para julgá-los em conformidade com o decidido. Os processos que já foram julgados, se estiverem em divergência com a decisão do STJ, serão reexaminados. Já os Recursos Especiais interpostos em face de decisões que expressem o entendimento do STJ, terão seu segmento negado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal de Origem, nos termos do artigo 1.040 do CPC.⁵³

Feitas essas breves considerações, passa-se à análise do caso concreto.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁵² Expressão utilizada por Fredie Didier: No sistema brasileiro, os recursos especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados como causa-piloto. Escolhem-se uns recursos para exame e julgamento (art. 1.036, CPC). Os recursos afetados para análise devem ser julgados no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais, ressalvado o habeas corpus (art. 1.037, § 4º, CPC). Julgados os recursos paradigmas, decidem-se as causas neles contidas (causas-piloto) e, ao mesmo tempo, fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados. Forma-se, além disso, um precedente obrigatório a ser seguido pelos juízos e tribunais em casos que contenham a mesma questão repetitiva, de direito processual ou de direito material. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵³ GONÇALVES, G.; SILVA, M..Op.cit.

2 DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DE CASOS CONCRETOS: RECURSO ESPECIAL Nº1.696.396/MT E RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT – TEMA REPETITIVO Nº 988

A questão submetida a julgamento nos Recurso Especial nº1.696.396/MT e Recurso Especial 1.704.520/MT, tema repetitivo nº 988, versa sobre a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015.

Os mencionados recursos objetivam analisar se o rol de decisões interlocutórias passíveis de Agravo de Instrumento é taxativo, exemplificativo ou taxativo com interpretação extensiva, a fim de verificar a possibilidade de se admitir a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

O dispositivo objeto de análise dos mencionados Recursos se encontra assim redigido:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#);
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.⁵⁴

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

Insta salientar que a dúvida no tocante à possibilidade ou não de interpor Agravo de Instrumento para além das hipóteses previstas no rol do artigo 1.015 do CPC cinge-se ao processo de conhecimento, posto que o parágrafo único de mesmo dispositivo permite a interposição desse recurso para toda e qualquer decisão interlocutória proferida na fase executória e no processo de inventário.⁵⁵

A questão sobre a taxatividade do artigo 1.015 é, de fato, bem polêmica, especialmente porque não se trata de omissão por parte do legislador. Ao contrário, o Código de Processo Civil previu exatamente as hipóteses em que esse Recurso era cabível, assim como também, claramente, previu qual seria a solução nas hipóteses que esse não fosse.

Antes de o STJ analisar o tema, quando não houvesse expressa previsão no Código de Processo Civil acerca da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento em face de uma decisão Interlocutórias, essa seria recorrível tão somente em sede de preliminar de Recurso de Apelação ou contrarrazões, nos termos do artigo 1.009, §1º do mesmo dispositivo:

1.009,§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.⁵⁶

Aliás, esse era o entendimento, até então majoritário na doutrina. Nesse sentido, Nelson Nery Jr, Araken de Assis, Eduardo Talamini asseveram, respectivamente:

O atual CPC agora pretende manter a regra do agravo retido sob outra roupagem, a da preliminar de apelação. Porém, a regra não mais se pauta pelo caráter de urgência e de prejuízo que o não julgamento imediato da interlocutória possa ter, como ocorria no CPC/1973, mas sim por uma seleção de onze situações que parecem ser, ao legislador, as únicas nas quais se pode

⁵⁵ Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

ter prejuízo ao devido andamento do processo caso não apreciadas de imediato em segundo grau de jurisdição.⁵⁷

Em tese, considerando suas origens e vocação, o agravo de instrumento cabe das decisões interlocutórias, consoante reza o art. 1.015, *caput*, e visando a limitá-lo, às decisões enumeradas nos incisos da regra.⁵⁸

As interlocutórias passíveis de agravo de instrumento deverão ser impugnadas por essa via – sob pena, em princípio, de preclusão da questão. Se a parte, em um caso em que caberia o agravo de instrumento, deixar de interpô-lo, não poderá depois discutir a questão por ocasião da apelação. Então, também por isso, cabe adotar-se a compreensão restritiva do elenco de hipóteses de interlocutórias que comportam agravo de instrumento. O discurso da ampliação de tal elenco, se adotado, tende a no futuro gerar armadilhas.⁵⁹

O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. (...) Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código.⁶⁰

Embora parte considerável da doutrina compreenda que o rol do artigo 1.015 do CPC é taxativo e deve ser interpretado restritivamente, há aqueles que divergem dessa opinião. Nesse ponto, há, por exemplo, Fredie Didier e Cassio Scarpinella Bueno, de acordo com os quais o rol seria taxativo, mas comportaria interpretações, e Fernanda Tartucci, segundo a qual o rol seria meramente exemplificativo.

Quanto ao legislador, esse claramente fez uma opção por limitar as decisões agraváveis no Código de Processo Civil. Todavia, como as previsões não exauriram algumas das hipóteses em que o risco de lesão grave e de difícil reparação exigem a interposição imediata de um recurso, a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Apenas a título exemplificativo, a manifestação do juiz que indefere o pedido de segredo de justiça, a que indefere a produção de prova pericial e a que analisa situações

⁵⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit.

⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15. Mgalhas. Brasília, 21 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070

relativas à competência, são decisões interlocutórias que exigem a imediata interposição de Recurso e não estão previstas no artigo 1015.

O Recurso Especial nº1.696.396/MT e Recurso Especial 1.704.520/MT, recursos paradigmas do tema 988, por exemplo, ilustram uma das decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015, a decisão que analisa a competência em razão do lugar.

2.1 DO RECURSO ESPECIAL N °1.696.396/MT

Em breve relato, trata-se de Ação de Reintegração de posse, ajuizada por Alberto Zuzzi em face de Ivone da Silva, na qual o autor alega que cedeu, em comodato verbal, um apartamento de sua propriedade à Requerida que, embora regulamente notificada para desocupar o imóvel, se recusara a restituir o bem.

Após a citação, a Requerida arguiu, em preliminar de contestação, impugnação ao valor da causa e a incompetência do juízo, sob a fundamentação de que não competiria à Segunda Vara Cível Especializada em Direito Agrário de Cuiabá julgar tal feito, uma vez que tramitava perante o Juízo da Segunda Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar dessa Comarca uma Ação Anulatória de Contrato, Reconhecimento, Declaração e Dissolução de União Estável cumulada com Divisão de Bens, a qual visava dentre outras coisas, a divisão do imóvel em litígio.

No entanto, o Nobre Juiz rejeitou, na vigência do CPC/15, a impugnação ao valor da causa que havia sido ofertada pela recorrente na vigência do CPC/73, bem como declinou da competência, atribuindo-a à Vara Especializada de Direito Agrário.

Assim, diante do não acolhimento de suas arguições, a Requerida interpôs Agravo de Instrumento. Entretanto, em sede de decisão monocrática, o Egrégio Tribunal de Justiça não conheceu do Recurso nº. 1001278-46.2017.8.11.000.

Irresignada, a Recorrente interpôs Agravo Interno no Agravo de Instrumento, todavia, sem êxito, vez que fora mantida a decisão unipessoal do relator que não conheceu do Agravo de Instrumento interposto pela Recorrente, ao fundamento de que a decisão que versa sobre o valor da causa ou sobre incompetência não é agravável, por não estar prevista entre as hipóteses enumeradas no art. 1.015 do CPC/15.

Inconformada, a Requerida interpôs Recurso Especial, alegando violação, por analogia, ao artigo 1.015, II, do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial com acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob o fundamento de que decisões que versam sobre competência e valor da causa são prejudiciais de mérito e, portanto, agraváveis, frisa-se, por analogia, ao mencionado inciso.

Ademais, argumenta a impossibilidade de questionar essas matérias em preliminar de apelação em virtude do vício que anularia a decisão do Juízo *a quo*, a competência absoluta, por conexão, da vara de violência doméstica e familiar e reitera que o valor da causa deveria refletir o valor do imóvel, cuja reintegração de posse é requerida.

O presidente do Tribunal de Justiça selecionou o recurso especial como representativo de controvérsia e o encaminhou ao STJ. O Ministério Público Federal manifestou-se desfavoravelmente à afetação dos recursos ao rito dos repetitivos.

Não obstante, a Corte Especial, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos. Todavia, conforme voto inaugurado pelo Ministro Luis Filipe Salomão, optaram pela não suspensão dos Agravos de Instrumento que versem sobre igual controvérsia sob a justificativa de que não haveria prejuízo às partes, uma vez que as decisões não impugnáveis por esse recurso não precluem, sendo possível a impugnação em preliminar de Apelação.

2.2 DO RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT

Trata-se de Ação Ordinária de Rescisão Contratual c/c Indenização por Danos Morais e Materiais com Lucros Cessantes proposta por Quim Comércio de Vestuário Infantil Ltda. – ME, em desfavor de Shirase Franquias e Representações Ltda. com pedido de antecipação de tutela a fim de que a Requerida se abstenha de promover qualquer cobrança em face da Requerente, de seus sócios e fiadores, bem como não inscreva o nome da mesma no cadastro de proteção ao crédito, até o final da demanda.

A Tutela antecipada foi deferida liminarmente. Após a citação da Requerida, essa apresentou contestação com pedido de Reconvenção, bem como opôs Exceção de Incompetência. Essa última, por ser um incidente processual foi processada em autos apertados e, após a sua admissão, determinou-se a suspensão dos autos principais.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido de Exceção de Incompetência, determinando a remessa dos autos à Comarca de Rio do Janeiro- RJ, foro de eleição do contrato, por entender que não se tratava de relação de consumo, não se aplicando, portanto, o foro do domicílio do autor.

Em face da mencionada decisão, o autor interpôs Agravo de Instrumento, o qual não fora conhecido, com posterior interposição de Agravo Interno que, por sua vez, fora desprovido sob a fundamentação de que não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas nos incisos *I* a *XI*, do art. 1015, do CPC/15, não sendo possível qualquer interpretação extensiva.

A Recorrente interpôs Recurso Especial alegando que as decisões que versam sobre competência são desafiáveis pelo Agravo de Instrumento, por interpretação extensiva ao disposto no art. 1.015, III, do CPC/15, bem como que o exame da questão somente como preliminar de apelação movimentaria, desnecessariamente, a máquina judiciária.

Desde momento em diante, o deslinde desse processo equiparou-se ao do Recurso Especial nº 1.696.396/MT, com a submissão ao rito dos procedimentos repetitivos após a seleção pelo presidente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso desse recurso como representativo de controvérsia.

2.3 DO TEMA REPETITIVO Nº 988

A partir dos casos concretos mencionados, o STJ, por sua Corte Especial, por maioria dos votos, nos termos do voto da Ministra Relatora, Nancy Andrichi, decidiu pelo conhecimento e provimento dos Recursos, bem como pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Eis a tese fixada: o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de Agravo de Instrumento, quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

O acórdão restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015.

IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas

fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art.

1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar a questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)⁶¹

⁶¹ Acompanham o voto da Sra. Ministra Relatora, Ministra Nancy Andrigli, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves e Raul Araújo e Felix Fischer. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin. A Ministra Laurita Vaz presidiu o julgamento.

Atuaram como *amicus curiae*: União, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Defensoria Pública da União – DPU, Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO e Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – CFOAB.

Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, União, Defensoria Pública da União, Ministério Público manifestaram pela possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses contidas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15. Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou argumentos favoráveis e os contrários à interpretação extensiva das hipóteses de cabimento taxativamente arroladas no rol do art. 1.015 do CPC/15.

Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP apresentou argumentos favoráveis e os contrários à interpretação restritiva, extensiva e analógica das hipóteses de cabimento taxativamente arroladas no rol do art. 1.015 do CPC/15, bem como os argumentos favoráveis e contrários à interpretação no sentido de que o referido rol é exemplificativo.

Manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB não se manifestou tempestivamente.

O placar da votação, sete votos a cinco, com duas abstenções, evidencia que a questão, assim como na doutrina, é divergente. Não obstante, a tese consagrada foi a do voto relator, ao qual faz-se necessário tecer uma breve análise.

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrighi, apresenta, em seu voto relator, um histórico do Agravo de Instrumento desde suas origens com o direito português, perpassando pelos Códigos de Processo de 1939, 1973 e pelos projetos de Lei que antecederam o atual.

Após, discorre sobre as conflitantes posições doutrinárias acerca do tema, as quais, em suma, referem-se à taxatividade absoluta do rol do artigo 1.015 do CPC, a ser interpretado restritivamente; a taxatividade que comporta interpretações extensivas ou analógicas e ao rol meramente exemplificativo.

Posteriormente às considerações iniciais, a Ministra afirma que o direito processual deve ser interpretado à luz do direito constitucional, assim como o fez o legislador no Capítulo I do Título Único do Livro I do Código de Processo Civil, bem como assegura a intenção do legislador em restringir a utilização do recurso de Agravo de Instrumento, afirmando a inafastabilidade dessa conclusão.

Não obstante, a opção do legislador é, conforme mencionado pela Ministra, alvo das mesmas críticas do Código de 1939, posto “que o estudo da história do direito também revela que um rol que pretende ser taxativo raramente enuncia todas as hipóteses vinculadas a sua razão de existir, pois a realidade normalmente supera a ficção.”⁶²

Indeferido o pedido de *amicus curiae* da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO – CNSEG e da RBO Energia S/A, Santa Helena Energia S/A e Jambo Energia S/A

Indeferido o pedido de assistência simples ao Recorrente do RBO ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SANTA HELENA ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e JAMBO ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

Afirmando a opção do legislador em consagrar no rol do artigo 1.015 do CPC, todas as situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação, a título ilustrativo, a Ministra menciona as decisões interlocutórias que indeferem o pedido de segredo de justiça, assegurando que, quanto a essas, não há expressa previsão, tampouco, interpretação analógica capaz de abarcar tal hipótese, razão pela qual considera ser “mais adequado reconhecer o cabimento do agravo de instrumento [...] tendo como base as normas fundamentais do próprio CPC/15, especialmente a urgência de reexame da questão sob pena de inutilidade dos atos processuais já praticados.”

A conclusão do voto da Ministra e, pois, bem sintetizada neste trecho:

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.

Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”, nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego.

Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Por fim, a Ministra menciona a necessidade de criação de uma regra de transição que module os efeitos da tese jurídica fixada, sugerindo a aplicação da tese somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar, bem como reitera que, caso a tese seja adotada, o Agravo de Instrumento será mais eficiente que o Mandado de Segurança para solucionar as questões urgentes não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC, proferindo, ao final, o seu voto para caso concreto no sentido de dar parcial provimento ao

Recurso Especial e determinar ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso que, observado o preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso, conheça e dê regular prosseguimento ao Agravo de Instrumento exclusivamente no que concerne à competência.

2.4 DAS SESSÕES DE JULGAMENTO: DEBATES E ANÁLISES

É evidente que a leitura dos votos e do acórdão constantes nos autos dos mencionados processos permitirá à parte interessada no assunto, uma boa noção do posicionamento de cada um dos Ministros que compõe a Corte Especial do STJ.

Entretanto, em virtude da complexidade dos casos e do quantitativo absurdo de processos que são julgados em uma única sessão, os Magistrados costumeiramente comparecem à Corte com os seus votos previamente elaborados.

Assim, por óbvio, parte considerável dos calorosos debates e das manifestações proferidas durante a sessão não são devidamente descritas para os registros. Tal fato deve-se, como mencionado, tanto à elaboração prévia dos votos, quanto à inconveniência de alguns registros.

Por essas razões, passa-se, a partir de agora a descrever os acontecimentos registrados nas sessões de julgamento do Tema 988, bem como a tecer algumas considerações embasadas nesses registros.

Na primeira sessão de julgamento do Recurso Especial nº 1.696.396/MT e do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, após as sustentações orais, a ministra Nancy Andrigli, relatora, em suma, manifestou-se pela mitigação da taxatividade do rol de hipóteses previstas no CPC, pois, conforme consta em seu voto, o Recurso de Agravo de Instrumento é sempre cabível para "situações que realmente não podem aguardar rediscussão futura em eventual apelação."

Dessa forma, a Ministra sugeriu que a tese a ser fixada em sede de Recurso Especial Repetitivo e, por conseguinte, a ser aplicada em todos os casos que versem sobre igual controvérsia, seja condicionada a uma análise subjetiva do magistrado, a quem competiria analisar e verificar a urgência em cada caso.

Em seguida, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura pediu vista antecipada.

Em sessão subsequente, a M. Maria Thereza pediu *vênia* para divergir e afirmou que a análise subjetiva do magistrado é incompatível com a fixação de uma tese em sede de Recurso Especial Repetitivo.

De acordo com a Ministra Maria Thereza, o Código de Processo Civil optou por elencar as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias. Dessa forma, trata-se de rol taxativo, uma vez que o texto do artigo não traz expressões indicativas de exemplos, como “entre outros”, “etc.”, “por exemplo” e “tais como”.

Esse rol deveria, em tese, abranger todos os casos em que há necessidade de julgamento imediato da controvérsia. Entretanto, a prática jurídica evidencia que o rol do artigo 1.015 do CPC não abarca algumas hipóteses em que há urgência no julgamento.

Houve, portanto, na visão da Ministra, falha do legislador ao deixar de prever todas as hipóteses necessárias. Tal falha, no entanto, não tem o condão de alterar a natureza do referido rol, afirmou. Por conseguinte, ressaltou o seu entendimento no sentido de que a comissão foi explícita ao manter o rol taxativo e que, caso o legislador pretendesse que fossem cabíveis outras opções, as teria incluído no rol do artigo.

Segundo a Ministra Maria Thereza, a admissibilidade de interpretação extensiva do rol de cabimento do Agravo de Instrumento ou a utilização do critério de urgência para admiti-lo, como sugeriu a Ministra relatora, poderiam gerar inúmeras inseguranças jurídicas.

Isso, pois, admitir um critério de urgência implicaria uma análise/interpretação subjetiva do magistrado, pois cada juiz teria que analisar, de acordo com as especificidades do caso concreto, se há ou não urgência ensejadora do cabimento de Agravo de Instrumento.

Complementou, e essa parte de sua exposição de motivos muito interessa para o presente trabalho, afirmando que a fixação de tese aberta que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado não só iria contrariar o objetivo do legislador que procurou definir claramente as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, como também, contrariará os objetivos almejados com o Recurso Repetitivo, uma vez que esse instituto almeja a criação de uma tese que será aplicada a todos os demais casos que versem sobre igual controvérsia, portanto, incompatível com uma análise subjetiva.

A Ministra Maria Thereza afirmou, ainda, que a tese proposta pela Ministra Nancy Andrighi pode causar efeito reverso, pois os advogados sempre poderão interpor Agravo de Instrumento alegando situação de urgência. Ou ainda, sempre irão interpô-lo com receio de que o Tribunal entenda que o direito de impugnar a decisão em sede de preliminar de apelação está precluso, pois o recurso cabível seria o do Agravo de Instrumento.

E, caso isso ocorresse, o julgamento do repetitivo não cumpriria sua função.

Ademais, segundo a ministra, ainda que se faça necessária a flexibilização das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento diante das diversas situações fáticas, a realização de tal interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça seria caso de substituição do legislador, o que não pode ocorrer. Dessa forma, sugeriu, caso o STJ entenda pelo cabimento

da interposição do Agravo de Instrumento em outras hipóteses, esse deverá elaborar um projeto de lei com vistas a alteração ao atual Código de Processo Civil.

Por fim, a ministra afirmou que o acolhimento da tese sugerida pela Ministra Nancy Andrighi não atende à finalidade dos Recursos Repetitivos, que seria a de fixação de tese jurídica única. Assim, propôs a fixação da seguinte tese: “Somente tem cabimento o agravo de instrumento nas hipóteses do art. 1015.”, divergindo do voto proferido pela ministra Nancy.

A questão suscitada pela Ministra Maria Thereza, evidencia a importância do instituto do Recurso Especial Repetitivo, bem como realça a serenidade com que cada caso submetido aos repetitivos deve ser analisado, uma vez que suas consequências podem ter magnitudes imensuráveis.

O Ministro João Otávio Noronha, após pedido de vista, iniciou com breve relato dos atos processuais e dos votos anteriormente proferidos. Em seguida, afirmou que concorda com a fundamentação exposta pela Ministra Maria Thereza, ressaltando que o legislador ao estabelecer um rol de hipótese de cabimento do Agravo de Instrumento, o fez taxativamente.

Ressaltou que a Ministra Maria Thereza apontou alguns argumentos que o sensibilizaram como o fato de que não foram suprimidas as hipóteses de recorribilidade das demais decisões. Ao contrário, houve apenas a consolidação, como já ocorreu em países desenvolvidos, da regra de que a decisão interlocutória é irrecorrível. No Brasil, essa também passou a ser a regra, com a exceção das hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Ao fim, afirmou que a conclusão que lhe parece mais razoável é a de que o legislador almejou um rol taxativo, ainda que esse comporte inúmeras críticas. Todavia, não é dado ao intérprete estender as hipóteses de cabimento do recurso quando o legislador objetivou reduzi-las, ainda que a hipótese escolhida pelo legislador mereça críticas.

O Ministro Noronha reiterou que a ideia de conferir celeridade processual à fase de conhecimento é clara e que as demais questões serão analisadas em momento posterior, no recurso de Apelação. Citou, ainda, o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier, pois de acordo com esse doutrinador, as interlocutórias passíveis de Agravo de Instrumento deverão ser impugnáveis por essa via, sob pena, em princípio, de preclusão.

Por fim, afirmou que somente a lei pode criar recursos, de forma que somente são recorríveis, pelo recurso Agravo de Instrumento, de acordo com o princípio da legalidade estrita, as decisões mencionadas no rol do artigo 1.015 do CPC.

Nesse mesmo sentido, votou o Ministro Humberto Martins.

O Ministro Salomão solicitou a palavra para alertar sobre algumas questões. Alegou que são inúmeras as situações em que aguardar poderá causar inúmeros prejuízos às partes e que isso implicaria, indubitavelmente, ressuscitar o Mandado de Segurança.

O Ministro presidente pediu *vênia* para afirmar que Mandado de Segurança é “coisa do passado” e que não caberia aos Magistrados posteriormente reclamar do excesso de recursos quando eles ampliam o rol de hipóteses de cabimento desses. Acrescentou que o rol taxativo não causa prejuízo, uma vez que em hipótese de urgência caberá a figura da cautelar.

Ao final, afirmou que o legislador apenas aplicou o que, há tempos, já se aplica em países desenvolvidos. Após essa afirmação, foi interrompido pela Ministra Nancy que se posicionou no sentido de não ser oportuno citar outros países que têm um Poder Judiciário tão diverso do brasileiro.

O voto mais polêmico foi o do Ministro Napoleão Nunes, pois, segundo ele, não há dúvida quando da análise da lei e do princípio da estrita legalidade de que o rol é taxativo. Todavia, questionou se a lei sempre responde corretamente às necessidades das partes.

Ao final, concluiu afirmando que, nesse caso, acredita que o Ministro Noronha está fascinado pela estrita legalidade e pediu *vênia* para acompanhar a Ministra relatora, afirmando que o período tirânico do legislador terminou e que agora é o momento de afirmação da justiça, bem como que, diante de um conflito entre o legislador e juiz, melhor seria adotar ao posicionamento do juiz.

A análise de alguns desses votos, especialmente da Ministra Maria Thereza e do Ministro Noronha contemplam duas questões importantes acerca do Recurso Especial Repetitivo.

A primeira delas refere-se à objetividade da tese aplicada aos Recursos Especiais Repetitivos e a segunda, ao “poder” conferido aos Ministros do STJ ao proferir tais tese, pois, como mencionado pelo próprio Ministro Noronha, tal competência poderia inclusive permitir uma sobreposição desses entendimentos à lei, e não apenas modulá-la.

Nessa mesma sessão, os Ministros Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Felix Fisher votaram acompanhando o voto da relatora. Ao passo que o Ministro Og Fernandes pediu vista.

Na última sessão de julgamento sobre tema 988, o Ministro Og Fernandes iniciou seu voto informando que o tema é um dos mais polêmicos do Código de Processo Civil e que desde a tramitação do projeto de lei, várias foram as tentativas de ampliação e redução desse dispositivo.

Quanto à tese sugerida pela Ministra relatora, a qual até o momento constava com cinco votos, o Ministro informou que a tese da urgência sequer foi ventilada pelo legislador, consistindo em ampliação do rol para além das sugestões da doutrina que propunha sua interpretação extensiva. De tal modo que, caso essa seja acolhida, estaríamos retornando ao regime semelhante ao do CPC de 1973 no qual a urgência decorrente da decisão interlocutória

definia se o caso era de interposição do Agravo de Instrumento ou de Agravo retido, o qual, de todo modo, era apreciado apenas quando do julgamento do Recurso de Apelação.

Asseverou que os Ministros não poderiam julgar de acordo com o sistema que acreditam ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo poder legislativo, pois caso o Poder Judiciário ignore o rol do artigo 1.015 e eleja a urgência como critério de cabimento, estará, na verdade, deixando de aplicar o mencionado artigo sem, no entanto, declará-lo inconstitucional.

Acrescentou que, caso a prática demonstre que o sistema eleito pelo legislador é insatisfatório, caberá aos representantes do povo, no Poder Legislativo, propor a modificação do sistema. “Não é papel do judiciário substituir o Legislativo.”

No tocante à preclusão na interpretação extensiva, a relatora, Ministra Nancy Andrichi afirma, em seu voto, que caso se adote a interpretação extensiva, não se verificará a problemática da preclusão. No entanto, o Ministro Og Fernandes acredita que essa tese apresenta um problema fundamental e inescapável, qual seja: todo o regime de preclusão das interlocutórias, caso adotada essa proposta, ficará ao inteiro arbítrio da parte.

A fim de declarar que isto não poderia ocorrer, ilustrou duas situações, a primeira sobre decisão que indefere pedido de decretação de segredo de justiça e a segunda sobre decisão que define a competência do feito. E destacou que de acordo com o voto relator, se houver a dupla conformidade, da parte e do tribunal quanto à necessidade de urgência, o recurso cabível será o Agravo de Instrumento, sem que se configure a preclusão, posto a interposição do Recurso no momento adequado.

Entretanto, indagou o Ministro, caso a parte entenda por não agravar a decisão e depois, o Tribunal, ao analisar a questão em preliminar de Recurso de Apelação ou em

contrarrazões entenda que se trata de questão urgente, poderá o Tribunal decretar a preclusão do feito?

Caso a resposta seja positiva, a tese proposta pela relatora, na visão do Ministro Og Fernandes, surtirá um efeito perverso, qual seja: a de que os advogados sempre irão interpor Agravo de Instrumento de todas as decisões interlocutórias a pretexto de que se trata de situação de urgência sob pena de preclusão.

Assim, cada Tribunal decidirá conforme a sua convicção acerca da existência ou não urgência, ou seja, o repetitivo não cumprirá sua função paradigmática.

O Ministro também acrescentou que o conceito de urgência é extremamente aberto, de modo que não se configura um pilar sólido para um sistema recursal. Concluindo que além de ser um sistema que gerará insegurança jurídica, não é sistema previsto no Código de Processo Civil.

Quanto ao uso do Mandado de Segurança nos casos das decisões interlocutórias não previstas no artigo 1.015 do CPC, o Ministro informou que concorda com as desvantagens apontadas no voto da relatora, mas não com a conclusão. Isso, pois, se de fato, a utilização do mandando de Segurança ao invés do Agravo de Instrumento é desvantajosa, o que os Tribunais devem fazer é restringir a admissibilidade do Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial e não permitir o cabimento do Agravo de Instrumento sem previsão.

Por fim, o Ministro destacou que nas exposições de Motivos do atual Código de Processo o legislador ressalta o quanto os Agravos de Instrumentos retardavam o andamento processual e concluiu que o que consta no Código não consta por acaso.

O Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou a divergência apresentada. Os Ministros Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanharam a relatora. Esse último afirmou

que a celeridade processual não pode ser obtida com violação ao devido processo legal e acrescentou que a taxatividade da norma exclui o debate de questões essenciais ao próprio andamento do processo. No entanto, sugeriu a substituição da expressão “inutilidade do julgamento” da questão na apelação por urgência em razão de grave prejuízo à parte agravante ou a marcha processual.

Eis alguns pontos das sessões que cabiam relatar. Pontos esses que, decisivamente, enriquecem o debate sobre a questão. Não há dúvida de que boa parte dos argumentos mencionados também consta dos votos dos Ministros, contudo, nem todos.

Há que se ressaltar, ademais, que não houve a priorização pela exposição dos argumentos apresentados pela divergência. Ao contrário, esses foram mais aparentes nas sessões em virtude da conduta adotada pelos Ministros que votaram com a relatora, uma vez que parte considerável deles se limitou a afirmar que acompanhariam o seu voto.

A análise dos votos publicados dos Ministros será melhor analisada nas conclusões desse processo, a seguir.

3 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de iniciar as considerações finais deste trabalho, faz-se importante lembrar que este, em momento algum, objetivou esgotar os temas aqui tratados, pois, conforme mencionado, algumas das questões, além de extremamente complexas, estão relacionadas a outros diversos temas que não foram aqui analisados.

O resultado desejado com o presente estudo consiste em permitir reflexões sobre o efeito vinculante no Recurso Especial Repetitivo à luz de um caso paradigma, o Tema Repetitivo 988.

Inicialmente, pretendeu-se demonstrar que o que se busca por meio do Recurso Especial Repetitivo é, na verdade, algo há anos almejado pelo Poder Judiciário, algo que, conforme, evidenciado, tem-se tentando concretizar por intermédio de diversos instrumentos e condutas processuais, dentre as quais se citou a criação do Superior Tribunal de Justiça, a Emenda Constitucional nº 45 que institui as súmulas vinculantes, os requisitos de admissibilidade dos recursos, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros tantos.

O que se busca por meio do Recurso Especial Repetitivo é, sem maiores delongas, a concretização dos Princípios Constitucionais que norteiam a atuação do Poder Judiciário, em especial os princípios da razoável duração do processo, da isonomia e do acesso à justiça.

A fim de concretizar esses princípios, demonstrou-se, após um breve histórico entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, a necessidade, conforme afirma a advogada a Ana

Carolina Oliveira,⁶³ de se importar para o ordenamento Jurídico brasileiro, essencialmente baseado na *Civil Law*, técnicas bem-sucedidas do sistema da *Common Law*.

A partir da adoção dessas técnicas, o precedente passar a ser, assim como a lei, fonte do direito brasileiro.

A questão, no entanto, cinge-se em saber se, à luz do atual Código de Processo Civil, esse precedente tem efeito vinculante ou meramente persuasivo, de modo que, após a leitura de alguns dispositivos, facilmente se verifica que são precedentes com efeito vinculante.

Consentâneo ponderado ao longo do texto, o Tema 988 foi analisado a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do precedente, qual seja, de que esse tem efeito vinculante. Entretanto, em virtude do posicionamento divergente de parte da doutrina, de modo especial, Cássio Scarpinella Bueno e Nelson Nery Jr., faz-se mister traçar algumas considerações.

Inicialmente, não há como ignorar a incongruência consistente no fato de que antes do atual Código de Processo Civil, todas as vezes que o legislador pretendeu atribuir efeito vinculante à alguma decisão ou enunciado, esse o fez, consagrando tal efeito na Carta Magna. E, após a publicação desse dispositivo, o feito vinculante é simplesmente aplicado, sem qualquer previsão constitucional.

Por outro lado, no entanto, não compreender os precedentes como vinculantes implicaria ignorar toda a lógica na qual atual Código de Processo Civil está baseado, lógica essa embasada nos princípios citados na parte inicial dessa compilação sistemática.

⁶³ OLIVEIRA, Ana Carolina. Op.cit.

Ademais, tal conclusão aludiria desconsiderar toda a realidade estruturada a partir do novo Código, ou seja, desconsiderar a forma como os juízes Tribunais e se organizaram para compatibilizar sua atuação com as novas previsões desse regulamento.

Assim, a solução não parece estar associada à desconsideração do precedente como vinculante. Mas sim, a uma proposta de Emenda Constitucional com vistas a consagrar expressamente que os demais incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil também têm efeito vinculante.

Quanto a esse fato Nelson Nery Jr já se manifestou no sentido de que os magistrados não irão questionar essa irregularidade ⁶⁴e, de fato, não irão, posto que já aplicam o efeito vinculante há quase quatro anos.

No entanto, ainda que os magistrados não o façam, cabe aos operadores do direito, aos doutrinadores, à Ordem dos Advogados e a todos os demais interessados uma conduta proativa com vistas a mobilizar aqueles que, a teor do artigo 60 da Constituição Federal,⁶⁵têm competência para propor Emendas Constitucionais.

Assim, caso seja aprovada uma proposta de Emenda à Constituição aspirando à vinculação dos efeitos das decisões mencionadas no artigo 927 do Código de Processo Civil, assim como está previsto para as súmulas vinculantes e para o controle de constitucionalidade, a questão quanto a inconstitucionalidade desse efeito estará superada.

Já no tocante à afirmação de que ao preferir decisões com efeito vinculante os magistrados estariam por meio do seu instrumento, o processo, legislando, está também não

⁶⁴ NERY JR, Nelson. [Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nerly-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acesso em: 24 abril 2019.

⁶⁵ Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 abril 2019.

parece ser a compreensão mais adequada, desde que os magistrados atuem nos exatos termos de sua competência, qual seja, de interpretar a legislação.

Contudo, há que se ressaltar que nem sempre, assim como ocorreu no Tema Repetitivo 988, os magistrados respeitam os limites de sua atuação. Assim, as manifestações de Elpídio Donizetti sobre o tema, exprime com exatidão o posicionamento aqui exposto:

Atualmente, com a evolução do sistema do Common law e principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais – decisões iguais para casos idênticos –, adotou-se a força normativa dos precedentes. Também com a Civil law esse fenômeno pode ser observado. Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “Civil law brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo não é o que se verifica. **Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas. (Grifo nosso).**⁶⁶

Embora o vasto conhecimento e sabedoria dos Nobres Magistrados que atuam na Corte Especial do STJ sejam notórios, ousa-se dizer que o julgamento do Tema Repetitivo 988 enquadra-se perfeitamente na última frase do trecho acima colacionado.

Essa é a conclusão deste trabalho sobre o julgamento que decidiu pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, qual seja, a de que os julgadores substituíram o legislador e usurparam da competência que lhes é concedida para interpretar a norma e, em nome princípio da inafastabilidade da jurisdição⁶⁷, legislar.

⁶⁶ DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 13 fev 2019.

⁶⁷ Princípio invocado pela Ministra relatora para justificar a ampliação das hipóteses de cabimento do Recurso Agravo de Instrumento: “O que se quer dizer é que, sob a ótica da utilidade do julgamento do recurso diferido, revela-se inconcebível, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento.” Voto Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>

Quanto a essa conclusão, “é importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*.”⁶⁸ Ou seja, são os fundamentos utilizados para embasar aquela decisão que constituem o precedente. No caso objeto de estudo desse trabalho, são as razões dispostas no voto da Ministra relatora que constituem o precedente e, por conseguinte têm efeito vinculante.

Assim, a análise desses fundamentos, feita a seguir, é indispensável para alcançar a conclusão acima descrita.

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrichi estrutura seu voto a partir de seis conclusões preliminares, quais sejam:

- i. A controvérsia limita-se, essencialmente, à recorribilidade das interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceto o processo de inventário, em virtude do que dispõe o art. 1.015, parágrafo único, do CPC, que prevê ampla recorribilidade das interlocutórias na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
- ii. A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/39.
- iii. O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal.
- iv. Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes decorrente da inutilidade futura da impugnação apenas no recurso de apelação.
- v. O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/73, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal.
- vi. Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira “escolha de Sofia”.
- vii. Se, porventura, o posicionamento desta Corte se firmar no sentido de que também é cabível o agravo de instrumento fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, será preciso promover a modulação dos efeitos da presente decisão ou estabelecer uma regra de transição, a fim de proteger às partes que, confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação

⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

restritiva das hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC69

Todas essas exposições preliminares são absolutamente plausíveis. No entanto, a conclusão é diversa quanto ao raciocínio desenvolvido a partir delas.

Uma das primeiras deduções feitas pela Ministra é a de que “por se tratar de ramo do direito público, o direito processual deve sempre ser lido e interpretado à luz do texto constitucional⁷⁰”. Todavia, essa análise parece um tanto quanto genérica tendo em vista que para fundamentar a decisão foram utilizados os princípios e normas constitucionais que convinham com a solução dada. Não havendo, por exemplo, a ponderação em relação ao Princípio da Separação dos Poderes e da Legalidade.

Quanto à uma análise constitucional, importante mencionar o posicionamento do Ministro Og Fernandes:

No entanto, não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar. Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015, se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? **Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.**⁷¹ (Grifo nosso).

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019.p. 03

Ademais, por diversas vezes a relatora afirma que a intenção do legislador foi restringir as hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento. Entretanto, sob a justificativa de que “revela-se inconcebível, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento,”⁷² a possibilidade de interposição desse recurso é ampliada significativamente.

Eis então, o verdadeiro problema da decisão prolatada, qual seja, o critério utilizado - a “urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação”⁷³ - para ampliar o rol das decisões interlocutórias agraváveis.

A Ministra Nancy afirma que esse critério da urgência decorrer, indiretamente, da interpretação dos objetivos do legislador:

Nesse contexto, e como mencionado anteriormente, houve uma escolha político-legislativa ao limitar o cabimento do agravo de instrumento, adotando-se como critério, para a enunciação abstrata das hipóteses desde logo recorríveis, aquelas “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação” (Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego). **É possível extrair desse critério que o recurso será cabível em situações de urgência**, devendo ser este o elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses arroladas no art. 1.015 do CPC⁷⁴. (Grifo nosso)

No entanto, não é esse o posicionamento defendido pelo Ministro Og Fernandes, o qual assevera que o “requisito da urgência sequer foi ventilado pelo legislador, consistindo em

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>

ampliação do rol muito além da sugerida até mesmo pela doutrina que propõe a sua interpretação extensiva”.

A partir do critério da urgência fixou-se a tese da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. No entanto, a expressão de taxatividade mitigada não é objetiva e, exatamente por isso, poderá, conforme afirmado pela Ministra Maria Thereza “gerar insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão”.⁷⁵

Isso, pois, a partir da fixação dessa tese, todos os advogados tentarão enquadrar o seu caso no conceito aberto e abstrato de urgência decorrente da taxatividade mitigada, sob pena de não o fazendo, configurar-se a preclusão.⁷⁶

Insta salientar que a verificação da ocorrência do instituto da preclusão estará condicionada à subjetividade dos Magistrados, uma vez que serão eles que verificarão a existência ou não da urgência capaz de ensejar a interposição do Recurso de Agravo de Instrumento.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019. p.03

⁷⁶ que indefere o pedido de decretação de segredo de justiça, ou mesmo a decisão que decide sobre a competência para o exame do feito. Qual o regime de preclusão para essas decisões? Ou, indo além, qual o recurso cabível contra tais decisões? Segundo a tese proposta pela Relatora, se houver a dupla conformidade da parte e do tribunal quando à existência da urgência, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e a preclusão não terá ocorrido, diante da interposição do agravo no momento adequado. O problema com essa resposta é o seguinte: caso a parte opte por não agravar, o tribunal não poderá ser chamado a se manifestar e a preclusão não ocorrerá. Mas, pensemos em outra hipótese, em que não haja a interposição do agravo pela parte, e o tribunal entenda, no momento do exame da questão impugnada como preliminar de apelação ou em contrarrazões, que se tratava de questão urgente (a exemplo do pleito de decretação de segredo de justiça ou de decisão sobre a competência). Poderá o tribunal, nesse caso, decidir que a urgência efetivamente existia e que, portanto, a preclusão ocorreu diante da não interposição do agravo? BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019.
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF>

Ora, o objetivo do Recurso Especial Repetitivo consiste na elaboração de uma tese única e objetiva, a ser aplicada em todos os casos que versem sobre igual controvérsia e, portanto, totalmente incompatível com uma análise subjetiva dos magistrados.

Pode parecer pueril descrever a tese adotada no tema Repetitivo dessa forma, mas, ao fim, a tese consagrada não foi a de que é possível a interposição do Agravo de Instrumento em determinados casos ou de impossibilidade de interpô-lo em outros. Ao contrário, a tese fixada é a de que a possibilidade ou não de interposição do Recurso de Agravo de Instrumento depende do caso concreto, ou seja, não há uma tese objetiva.

Não é possível, portanto, auferir como a mencionada tese será aplicada de forma isonômica, uma vez que cada Tribunal poderá formular um juízo de valor diferente acerca do conceito de urgência.

Ademais, quanto a alguns dos principais objetivos do Recurso Especial Repetitivo, consistentes na contenção de recurso interpostos e na celeridade processual, o efeito verificado com a tese da taxatividade mitigada será exatamente o oposto, uma vez que, por precaução, os advogados irão interpor dois recursos com um mesmo fim e, por óbvio, a interposição de diversos recursos contraria esses objetivos.

Por tudo ora exposto, tem-se que a resposta dada pelo Poder Judiciário no tema Repetitivo 988 além de ser incompatível com os paradigmas do Recurso Especial Repetitivo é objeto de várias críticas.

Não obstante, a taxatividade prevista pelo legislador, talvez por uma falha deste ou por qualquer outro motivo que não convém analisar neste momento, mostrou-se insuficiente para atender as necessidades dos jurisdicionados.

Qual seria, então, a solução? A solução está na contramão do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que essa jamais ocorrerá por meio da usurpação de competência, aqui evidenciada pela conduta legiferante do Poder Judiciário.

Ao contrário, o enfretamento da questão deve partir daquilo que foi almejado pelo legislador no Código de Processo Civil, a taxatividade. Não obstante, faz-se necessário dirigir-se ao Poder Legislativo, com vistas a inclusão, frisa-se, pelo legislador originário, de outras hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

Subsidiariamente, uma opção que poderia ter sido adotada pelo Poder Judiciário enquanto o legislador originário não promovesse as devidas alterações, seria a de interpretar analogicamente alguns dispositivos, determinando de forma específica e concreta quando caberia o Agravo de Instrumento.

Dessa forma, o Judiciário estaria exercendo sua atuação dentro dos limites de sua competência que é de interpretar a legislação. Ressalta-se que, nesse caso, o julgador estaria tão somente interpretando a norma de forma extensiva e não criando um novo critério para o cabimento desse recurso que sequer foi mencionado pelo legislador.

Finalmente, pode-se afirmar que os instrumentos previstos no Código de Processo Civil, podem ser de grande valia para aprimorar o Poder Judiciário. Não obstante, o resultado do julgamento do Tema Repetitivo 988 evidencia que casos esses instrumentos sejam utilizados sem o respeito às normas que os estabelecem, as consequências serão nefastas.

4 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Salvador: JusPodium, 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 29 abril 2018.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. O Poder Judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle. In: Domínio Público. Fortaleza, mai. 2006. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>>. Acesso em: 13 abr 2019.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 13 fev 2019.

FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes no Novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre entendimento do juiz. IDP. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=50>. Acesso em: 14 jan 2019.

GONÇALVES, G.; SILVA, M.. Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do superior tribunal de justiça pelos tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito*, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>.

_____. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 53, mar./abr. 2013.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Mauro Campbell. Vinte anos do Superior Tribunal de Justiça: o Tribunal da eficiência da cidadania. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 28, n. 103, p. 86-89, maio/2009.

MATARASSO FILHO, Henri; NEGRÃO NETO, Theotônio. Recursos Repetitivos no STJ e no STF: influência (mais do que jurídica) em nossas vidas. IDP. Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=501>.

Acesso em: 20 fev 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR, Nelson. [Especialistas criticam efeito vinculante de precedentes judiciais]

Disponível em:<[https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-](https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes)

[TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes](https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes)>.

_____. [Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência]

Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acesso em: 24 abril 2019.

_____. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 109-126, jul-ago 2015.

SANTANA, Gustavo In: LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

SARTURI, Claudia Adriele. A Teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Publicações da Escola da AGU – volume 9, n 2 (abril 2017)

TALAMINI, Eduardo. Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15. Migalhas. Brasília, 21 de março de 2016. Disponível

em:<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046->

[Agravo+de+cabimento+no+CPC15](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-)>. Acesso em: 19 mai 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011

VAZ, Laurita. Discurso de posse da ministra Laurita Vaz no cargo de presidente do superior tribunal de justiça. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Discurso%20de%20posse%20no%20cargo%20de%20presidente%20do%20STJ.pdf>. Acesso em: 19 fev.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988.

In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Direito Constitucional:

organização dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46048/44206>>. Acesso em: 14 jan 2019.

VIEIRA, Luciano José Martins e PINHEIRO, Ivan Antônio. Contribuições do Conselho

Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo.

Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/9879-9878-1-PB.pdf>>. 20 agos. 2018.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p.121-164,

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: Didier Jr., Fredie. *Precedentes*. Bahia: JusPodivm, 2016