

A AUTOFAGIA DAS CORTES: A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO TEMA 988 DO STJ¹

THE AUTOFAGY OF THE COURTS: THE NEED TO OVERCOME STJ THEME 988

Ygor Pierry Piemonte Ditão

Doutorando e Mestre em Integração pelo Programa de Integração da América Latina da USP; Especialista em Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia; Especialista em Direito Civil pela Universidade Paulista; Pesquisador do Centro de Proteção Internacional de Minorias da USP (CEPIM/USP); Editor Assistente da Revista Cadernos do PROLAM/USP; Avaliador da Revista *MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics*; Presidente da Comissão de Filosofia do Direito e Vice-presidente da Comissão de Processo Civil da 125ª Subseção da OAB/SP; Professor universitário; Poeta; Advogado. São Paulo/SP. E-mail: ygorditao@gmail.com

RESUMO: O presente artigo investiga o papel do precedente e do agravo de instrumento no Direito Brasileiro para, então, conjugando ambos os institutos, analisar o Tema 988 do STJ à luz da função social dos precedentes e da evolução histórica do agravo. Apontam-se as inconsistências teóricas por trás da decisão em comento com base nos valores constitucionais e infraconstitucionais que guarnecem a ciência processual contemporânea. Conclui-se, ao final, que a tese firmada sobre Tema 988 do STJ necessita ser superada.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Jurisprudência. Superação.

¹ Artigo recebido em 11/08/2021 e aprovado em 08/11/2021.

ABSTRACT: This article investigates the role of precedent and interlocutory appeal in Brazilian Law and, then, combining both institutes, analyze the Theme 988 of the STJ to according social function of precedents and the historical evolution of the offense. Theoretical inconsistencies behind the decision under discussion are pointed out, based on the constitutional and infra-constitutional values that surround contemporary procedural science. It is concluded, at the end, that the thesis signed on Theme 988 of the STJ needs to be overcome.

KEYWORDS: Precedent. Civil Action. Interlocutory Appeal. Jurisprudence. Overruling.

1. INTRODUÇÃO

A tendência alcança todos os espaços, inclusive os jurídicos. Praxe jurídica, como cursos de *compliance* e, mais recentemente, a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, é um dado inexorável, da qual a ciência processual não seria capaz de evadir-se exitosamente. Por isso, as inovações da Lei 13.105/2015 – o atual Código de Processo Civil –, com uma carta de princípios (arts. 1º ao 10º) e uma ampliação da força normativa dos precedentes (art. 926), também levaram a um *boom* de textos, obras, livros, artigos, dissertações e teses sobre o tema, impondo-se um cuidado severo e uma análise crítica do assunto.

O papel jurisprudencial, que crescia a cada momento desde a ruptura da Emenda 45/2004, prosseguiu com força implacável até se consagrar com a positivação em diversas normas, como o art. 332, I, II, III e IV; o art. 311, II; o art. 496, §4º, I, II, III e IV; o art. 928, I, II; o art. 932, IV, a, b, c; os arts. 976 ao 987 e o art. 988, III, IV, todos do Código Processual Civil em vigor. Nesse contexto, destaca-se a regra geral da força normativa das decisões judiciais do art. 926, também do CPC.

No entanto, a experiência recente traz preocupações sólidas sobre o tema e demonstra que, relacionado ao assunto dos precedentes, a experiência brasileira ainda está engatinhando. Isso é verificável, entre tantos outros casos, na rebeldia de diversos magistrados de se submeterem às decisões de Cortes Superiores ou, ainda, como é o caso do precedente objeto de análise deste caso, no precedente fixado por uma Corte Superior que ignora o próprio papel fundamental dos precedentes.

O presente artigo pretende, portanto, analisar o papel dos precedentes; após, interpretar a evolução histórica do agravo de instrumento no processo civil; e, finalmente, apresentar as incongruências a que o Tema 988 do STJ se sujeitou, desde as inconsistências no âmbito constitucional (segurança jurídica, isonomia, razoável duração do processo e celeridade) até as incoerências sistemáticas do conjunto infraconstitucional (preclusões, boa-fé objetiva e política ineficaz contra o congestionamento do judiciário). Ao fim, sustenta-se a superação do referido precedente ante o seu reconhecimento como feto natimorto.

Para tanto, o trabalho se divide em três partes centrais: na primeira, se analisará a evolução e sedimentação do precedente, partindo do espectro global até chegar à contemporânea experiência brasileira; na segunda, se estudará a evolução histórica do agravo de instrumento no Brasil até a decisão do Tema 988 do Superior Tribunal de Justiça; na terceira, conjugando os dois capítulos anteriores, serão abordados os pontos de inconsistência do Tema 988 e as razões pelas quais o referido precedente encontra-se superado (e precisa ser reconhecido pelo Poder Judiciário). Para tanto, este último capítulo será subdividido, desenvolvendo-se a hipótese quanto às vicissitudes de âmbito constitucional e às de âmbito infraconstitucional, para, enfim, serem apresentadas as razões totais pelas quais o precedente em comento é um feto natimorto.

2. UM ESCORÇO SOBRE OS PRECEDENTES E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Abordar os precedentes não é apenas discutir o papel das decisões judiciais, mas, antes, averiguar o papel dessas decisões em suas respectivas escolas processuais, bem como o reflexo e a importância delas nas suas particularidades culturais. É, então, observar como o *common law* e o *civil law* avaliam a força normativa de uma decisão judicial e quão vinculante ou não pode ser uma sentença ou um acórdão para decisões futuras que analisarão casos idênticos ou até mesmo apenas parecidos.

Do muito que já se teceu acerca do assunto, já se tornou quase um *lugar comum* que a principal característica diferenciadora entre as escolas do *civil law*² (do qual o Brasil é

² “O Direito Brasileiro sempre foi filiado à escola da *Civil Law*, de origem romano-germânica, pela qual a lei é a *fonte primária* do sistema jurídico. Assim ainda o é, apesar de todo o movimento de valorização do costume jurisprudencial, notadamente pela emergência da súmula vinculante como fonte do direito, diante da Emenda Constitucional 45/2004”. (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 30).

herdeiro, mesmo após a EC 45/2004) e do *common law*³ (Inglaterra e Estados Unidos da América, principalmente) é que, cá entre nós, a fonte motora do sistema é a lei, enquanto, todavia, nos países de *common law*, a função de das Cortes é sobremodo mais ampla, dando às decisões judiciais maior destaque como fonte do direito.⁴

Essa distinção, porém, é mais recente do que se espera, uma vez que a fonte histórica de ambas as escolas é exatamente a mesma, qual seja: o Direito Romano. Isto é, ambas as escolas retiravam sua essência da mesma fonte que, em apertadíssima síntese, não tinha por prática comum a norma escrita.⁵ Porém, conquanto o papel do juiz seguisse em contínua mutação desde o juiz como agente do rei⁶ da Idade Média, é apenas com a explosão das Revoluções Liberais (1688, 1776 e 1789), sobretudo, da Revolução Francesa,⁷ (uma vez que a Revolução Gloriosa, mesmo liberal, teve um toque mais conservador que permitiu uma revolução pacífica), que ocorre a ruptura do único modelo *case law* e o aparecimento do império da norma escrita experimentada, criando-se a pretensão hercúlea de uma codificação que abrangesse tudo, como, aliás, é o clássico exemplo de Napoleão e seu Código Civil.⁸

³ “Os sistemas de *common law* conferem papel mais ampliado à função jurisdicional, em comparação com os sistemas oriundos da família romano-germânica.” (GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. – São Paulo: Almedina, 2019. p. 70).

⁴ “A diferença fundamental entre os sistemas jurídicos de civil law e common law é quanto à fonte principal de produção do direito. Segundo uma visão clássica, para o primeiro o direito surge da norma jurídica, especialmente os Códigos, enquanto para o segundo o direito surge das decisões judiciais (*case law*).” (ZUFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. in *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2015 p. 91).

⁵ “Até o século V a.C. ainda não existiam leis escritas no Império Romano. As que existiam eram transmitidas oralmente, de geração a geração” (ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 62).

⁶ “Antonin Scalia acentua, com razão, que, atualmente, juízes não são mais agentes do rei, porque não há mais reis [...]” (GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano... op. Cit.* p. 65).

⁷ “Em verdade, a ideia de precedentes, ou *cases*, no âmbito do próprio direito anglo-saxão, tem como origem a influência do direito romano, que certamente foi pioneiro entre os sistemas jurídicos a trabalhar com *casos concretos* e deles extrair a *regra jurídica* [...] O que ocorreu foi que com o liberalismo jurídico francês típico do século XVIII reduziu-se drasticamente a força da jurisdição e intensificou-se o papel da lei em detrimento daquela, o que teria originado um desvirtuamento na técnica de trabalhar com casos concretos própria do jurista de *civil law*” (ZUFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais... op. Cit.* p. 92).

⁸ “[...] com ele nasceu o pensamento codicista, que supervalorizou o poder dos Códigos, dando início a era positivista, superando-se o Direito Natural, que deixou de ser uma fonte direta de consulta”. (SOUZA, Sylvio Capanema de. *O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro*. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004. p. 39)

Porém, a globalização tem proporcionado uma aproximação inadiável desses dois modelos, em uma busca praticamente ciceriana⁹ de equilíbrio entre eles, na tentativa de aproveitar suas qualidades e enfrentar seus defeitos internos. Há, assim, nas palavras de Gajardoni,¹⁰ uma diminuição das grandes diferenças desses dois modelos de outrora pelo benigno intercâmbio entre ambos os modelos. Isso, aliás, é perceptível até mesmo na evolução de clássicas obras nacionais como a *Teoria Geral do Processo* dos professores Cintra, Grinover e Dinamarco, que já assentavam que a jurisprudência poderia ser fonte do direito, mas incapaz de sobrepor-se à lei,¹¹ e, agora, parte de seus autores (Dinamarco) já admite a dimensão mais criativa das decisões judiciais, não as restringindo ao papel de apoio argumentativo, mas tendo como obrigatória a consideração da norma emanada da decisão anterior.¹²

Por isso, o atual Código de Processo Civil, nesse intercâmbio cultural de escolas, passou a reclamar do intérprete maior rigor e coerência na forma de conduzir e decidir os casos submetidos à sua análise e decisão, fixando, doravante, um dever legal de levar em

⁹ Observa-se aqui a inspiração empírica da *constituição mista* de Cícero que pretende conjugar os sistemas conhecidos para que as benesses deles se mantenham e sejam controlados seus defeitos inerentes pelas qualidades dos demais regimes em um constante equilíbrio e aprimoramento semelhante ao que ocorrer nas aproximações das escolas clássicas de *Civil law* e *Common law*, pois: “Quase sempre o pior governo resulta de uma confusão da aristocracia, da tirania facciosa do poder real e do popular, que às vezes faz sair desses elementos um Estado de espécie nova; é assim que os Estados realizam, no meio de reiteradas vicissitudes, suas maravilhosas transformações. O sábio tem obrigação de estudar essas revoluções periódicas e de moderar com previsão e destreza o curso dos acontecimentos; é essa a missão de um grande cidadão inspirado pelos deuses. Por minha parte; creio que a melhor forma política é uma quarta constituição formada da mescla e reunião das três primeiras” (CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução e notas Amador Cisneiros – 2. Ed. – São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 32).

¹⁰ “A distinção dantes tão expressiva entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, todavia, acabou, com o passar dos anos, sendo atenuada pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada qual dos sistemas. Ora países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *common law*, adotando, entre outras providências, os precedentes judiciais como fonte primária do direito, ora os sistemas anglo-saxônicos se curvaram ao direito escrito, de modo que não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes à saudável influência recíproca dos outros sistemas” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. P. 126).

¹¹ “Em nosso direito, contudo, adota-se o princípio do primado da lei sobre as demais fontes do direito; assim, entende-se que tais outras fontes somente produzem normas jurídicas com eficácia desde que essas normas não violem os mandamentos expressos pelos preceitos legislativos” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 102).

¹² “Essas manifestações dos tribunais deixaram, portanto, de exercer mera *influência* no espírito dos aplicadores da lei e passaram a integrar o conjunto normativo a ser considerados nos julgamentos. [...] Após toda essa evolução e agora com a obrigatoriedade da observância, na ordem jurídico-positiva brasileira da atualidade esses precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais são fontes de direito” (DINAMARCO, Cândido Range; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2019. p. 44).

consideração as decisões do Judiciário sobre o caso a ser resolvido, em louvor à segurança jurídica e, claro, à unidade da jurisdição.¹³

A pretensão, evidentemente, era vencer um *pandêmico* problema de insegurança jurídica marcado por uma jurisprudência lotérica e capaz de atender às pretensões de *gregos e troianos*. Por isso, a introdução do dever esculpido, por exemplo, no art. 926, do Código de Processo Civil, implica o encontro cultural da tradição *Civil law*, que sempre impregnou o Direito brasileiro, com o afã de salvaguarda valores constitucionais sacramentais, como, por exemplo, segurança jurídica, isonomia, celeridade e razoável duração do processo, frequentemente ignorados pela judicatura, que decide conforme a própria *cabeça*.¹⁴

Com isso, o precedente dimensionado e adotado pelo CPC2015 pretende, em um só movimento, (i) permitir um grau maior de previsibilidade; (ii) fornecer maior confiança na coerência das decisões judiciais; (iii) permitir que direitos iguais tenham sentenças iguais e, conseqüentemente, proporcionar maior credibilidade ao judiciário; (iv) e, finalmente, fomentar, na máquina judiciária e na sociedade, o surgimento de elementos capazes de agilizar a prestação jurisdicional.¹⁵

Em quaisquer das circunstâncias, a pretensão é prover segurança jurídica capaz de permitir o bom desenvolvimento das relações sociais em geral, de modo que instabilidade do pretório implica impossibilidade mesma de continuidade das relações e, claro, elevadíssimo grau de desconfiança, o que simplesmente permite o colapsar da sociedade como sociedade.

¹³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (BRASIL, *Código de Processo Civil de 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. - Acesso: 11/08/2021).

¹⁴ “[...] O julgador é livre para formar sua convicção, devendo apenas indicar os motivos que lhe formaram o convencimento (fls. 38/39). Ademais, o entendimento de cada Magistrado deve ser respeitado (cada cabeça, uma sentença). Pelo exposto, conheço dos embargos de declaração opostos, negando-lhes provimento, persistindo a decisão proferida tal como já lançada. (*processo nº 1014118-74.2018.8.26.0020 – 1ª Vara Cível do Foro Regional da Nossa Senhora do Ó – j. 07.02.2019 – Juiz Flávia Bezerra Tone Xavier*). Podendo, por isso, dizer que até o presente momento, o art. 926, do CPC2015 é evidente mito” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Querela nullitatis insanabilis: colocando o juiz em seu devido lugar. In Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces da defesa dos direitos fundamentais*. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. – Curitiba: Instituto Memória. 2020. P. 28).

¹⁵ Nesse sentido, é conveniente apontar que o papel do precedente se dimensiona com “A economia processual é uma das conseqüências que salta aos olhos ao se tratar da teoria dos precedentes [...] Ao respeitar os precedentes, os magistrados poderão solucionar os casos repetidos com maior rapidez [...] A uniformidade garante que litigantes em uma mesma posição processual sejam tratados com igualdade [...] É preciso aplicar o Direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo Judiciário” (PUGLIESE, William. *Precedentes e civil law brasileira [livro eletrônico]: introdução a aplicação do novo código de Processo Civil*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015).

Em seguida, a dimensão da igualdade impõe o conseqüência mínimo de espírito republicano consubstanciado na certeza de inexistir – ao contrário do que acontecia na Nobreza da Idade Média ou na Monarquia brasileira – os iguais mais iguais de Orwell.¹⁶

Ademais, a celeridade e a razoável duração do processo – nesse triângulo da função social do precedente – permitem que a segurança jurídica e a igualdade material se transformem em ferramentas para otimizar a resposta judicial com medidas como, por exemplo, julgamento antecipado, julgamento liminar, tutela de evidência. Além disso, até mesmo promovem o caráter pedagógico interno ao estatuir a possibilidade de aplicação de multa por litigância de má-fé por ataque temerário aos precedentes, o que representa o reconhecimento social da inutilidade de litígio sobre assunto pacificado jurídica e socialmente.

Por isso, a adoção brasileira do sistema de precedentes não replica automaticamente o sistema de *stare decisis*¹⁷ da *common law*. Diversamente, produz um sistema próprio de precedentes que não incorpora a tradicional investigação qualitativa ou material,¹⁸ limitando-se à dimensão funcional. Materializa, pois, nas palavras de Zufelato,¹⁹ um precedente

¹⁶ “Todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros” (ORWELL, George, 1903-1950. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. Trad. Heitor Aquino Ferreira. – São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 106).

¹⁷ “O princípio regente da dinâmica da jurisprudência é o *stare decisis et no quia movere*. Cuida-se de elemento tradicional do direito estadunidense, que recomenda deferência ao precedente, impondo que ‘uma regra de direito deduzida de uma decisão judicial será considerada e aplicada na solução de um caso semelhante no futuro’ (GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano... op. Cit.* p. 71).

¹⁸ “O conceito de precedente é um conceito *qualitativo, material e funcional*. Dele promana sempre eficácia vinculante [...] É um conceito qualitativo, porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes. Daí por que também se costuma aludir ao precedente como a *ratio decidendi* da questão enfrentada pela Corte [...] os precedentes são umbilicalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso. É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não operam sem referência a fatos [...] É um conceito funcional, porque depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 926 ao 975*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Comentários ao Código de Processo Civil; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

¹⁹ “Parece-nos que o sistema de precedentes brasileiro é muito distinto do originário do *case law*, especialmente do estadunidense, pois tem características próprios que o distancia daquele modelo, tais como: (i) a existência de súmula que, como já referido, afasta o caso que deu origem ao precedente, isolando-o dos fatos e fundamentos que deram origem à regra; (ii) a própria corte que julga o caso o reconhece, no ato de emaná-lo, que aquele é o precedente a ser seguido; (iii) cria-se uma lógica de julgamentos em série, em geral sobre matéria exclusivamente de direito, com reprodução em escala, do precedente, de modo que no Brasil a técnica do precedente vinculante é utilizada para uniformizar a jurisprudência, trazer racionalidade ao sistema, julgar

autorreferencial, ou seja, é precedente porque aquela Corte o diz que é e tem investidura para tanto. Mantém, portanto, incólume o traço peculiar da secular experiência *Civil law* com a vinculação normativa evidente, por exemplo, no rol do art. 927, do CPC15²⁰ (além, é claro, do art. 332, I, II, III e IV, art. 311, II, art. 496, §4º, I, II, III e IV, art. 926, art. 928, I, II, art. 932, IV, a, b, c, arts. 976 ao 987, art. 988, III, IV, todos do CPC15), embora, ainda assim, integre elementos novos do modelo de precedentes da *Common law*, com um pequeno calcanhar de Aquiles, porém: a aplicação frequentemente impensada do precedente.²¹

Nesse momento, o desenvolvimento brasileiro dos precedentes precisa, para atender às vocações sociais do próprio papel dos precedentes (segurança jurídica, isonomia, celeridade e razoável duração do processo), respeitar elementos internos do precedente para que, na aplicação desse novo modelo, não leve ao esvaziamento ou, pior, à deturpação da pretensão legislada.

Ignorar, portanto, institutos como *obiter dictum*,²² *ratio decidendi*,²³ *distinguishing*²⁴ e *overruling*²⁵ é tornar inócua toda a evolução histórica do sistema de precedentes e, inclusive, a evolução nacional até sua implementação, desde a EC 45/2004 até sua

casos de massa e por consequência acelerar a tramitação processual” (ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais... *op. Cit.* p. 110).

²⁰ 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. (BRASIL, *Código de Processo Civil de 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso: 11/08/2021).

²¹ “Não há, via de regra, cuidado na identificação do caso e da estrutura da decisão considerada precedente – *ratio decidendi* – e sua perfeita comparação com o caso em julgamento, de modo que poderá haver problemas na aplicação de figuras típicas do direito jurisprudencial, tais como a distinção – *distinguishing* – e a superação – *overruling*.” (ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais... *op. Cit.* p. 110).

²² “Todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107).

²³ “Como razões necessárias e suficientes para determinar o resultado do julgamento” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*... *op. Cit.* p. 105).

²⁴ “A distinção entre casos, portanto, não é uma forma de se deixar de aplicar o padrão decisória, mas – ao contrário – uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 290).

²⁵ “Padrões decisórios [...] mesmo quando vinculantes, não são eternos. Sua superação é técnica destinada a assegurar a evolução do ordenamento jurídico” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*... *op. Cit.* p. 301).

cristalização positivada e indiscutível no CPC2015. A má compreensão do papel dos precedentes, na perspectiva de quais questões são meramente *ilustrativas* ou *iluminadoras*, bem como do que é *essencial* na decisão judicial, é um equívoco fatal. É imprescindível, portanto, entender a dimensão fundamental da *ratio decidendi* para não a replicar abstratamente e sem qualquer análise acurada de pertinência, distinguindo quais casos a ela não se vinculam, e, por fim, ser capaz de observar a sociedade para constatar quando, finalmente, um precedente não pode mais ser mantido. Somente assim se tornará possível a concretização de valores subjacentes ao sistema de precedentes, como segurança jurídica, celeridade, isonomia e razoável duração do processo.

Entender que mesmo um recurso repetitivo fixado pelo STJ tem pontos que são ditos *por cima* e que não vinculam a jurisdição, bem como qual ponto fundamental deve ser aplicado aos casos idênticos, é condição *sine qua non* para que o papel dos precedentes seja salvaguardado e, por consequência, para que se evite que se repliquem acriticamente (o que já era inadmissível na interpretação da Lei é praticamente uma teratologia para um precedente que emerge naturalmente de um caso concreto margeado por suas idiossincrasias inafastáveis) decisões que perderam completamente sua função social, jogando, afinal, no lixo, séculos de tentativa de amadurecimento e engrandecimento do sadio desenvolvimento do papel da jurisdição.

Por isso, a partir da compreensão de institutos como *obiter dictum*, *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling* é que se torna possível um adequado desenvolvimento da segurança jurídica, razoável duração do processo, isonomia e celeridade. Um precedente que não é capaz de prover isso não deverá, ainda que erroneamente nominado, ser admitido como precedente, sob pena de tornar tudo nada e nada tudo.

3. UM ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O AGRAVO DE INSTRUMENTO

Fatalmente, um dos princípios mais equivocadamente compreendidos é o duplo grau de jurisdição, que, na verdade, dia após dia, perde batalhas incansáveis, nas quais procuram restringir sua utilização e é ignorada a falibilidade humana, que – frise-se! –, é ainda mais presente em uma jurisdição de massa. Hoje, a injustiça é também de massa, uma massa composta por decisões desconectadas, as quais, ademais, frequentemente, deixam de

perquirir os pormenores e as idiossincrasias apresentados nos autos e, por consequência, de aprofundar a análise da lide proposta.

É sob essa situação que o agravo de instrumento²⁶ se apresenta como um remédio contra os erros judiciais praticados em sede de decisões interlocutórias, que precisam, sob pena de tornar a prestação jurisdicional ineficaz ou inútil, de imediato socorro de uma nova análise para evitar a manutenção do erro identificado *in prima facie*.

O agravo de instrumento, no art. 842, do CPC1939, detinha um caráter severamente taxativo, para, então, posteriormente, ser alterado pelo Decreto-Lei n° 4.565, de 1942, Decreto-Lei n° 8.570, de 1946, pelo Decreto-Lei n° 4.762, de 1965 e pela Lei n° 5.478, de 1968, em sucessivas e inúteis alterações do rol do art. 842 do CPC1939, na esperança napoleônica de abranger, no referido rol, todas as circunstâncias fundamentais para o agravo de instrumento (sem sucesso algum).

As insustentáveis alterações foram, enfim, superadas pelo CPC1973, que, em seu artigo 522, adotou a regra do agravo retido e permitiu, para todas as decisões interlocutórias que tivessem o condão de provocar grave lesão e reparação difícil, a possibilidade de imediata interposição do agravo na forma de instrumento²⁷ (algo, aliás, que se mostra bem semelhante à posição fixada no Tema 988).

Contudo, o legislador do CPC2015 entendeu que a ineficiência de todo o sistema judiciário estava acoplada ao sistema recursal e, principalmente, ao exacerbado número de recursos existentes à disposição das partes e, portanto, regrediu ao início do Século XX, replicando o sistema do CPC1939 a fim de restaurar o já malsucedido sistema taxativo de 1939.

O legislador, portanto, aniquilou o agravo retido e restringiu as hipóteses do agravo de instrumento ao rol do art. 1.015, do CPC. Com isso, retardou a discussão dessas questões,

²⁶ “O agravo de instrumento é remédio processual voluntário competente para impugnação das decisões interlocutórias do processo de conhecimento” (LEMONS, Vinicius da Silva. A decisão do Tema Repetitivo 988 do STJ, a taxatividade mitigada do agravo de instrumento e seus reflexos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Vol. 21. N. 3. Set/dez. 2020. p. 642).

²⁷ “Na vigência do CPC/39, o agravo de instrumento poderia ser interposto apenas nas hipóteses legalmente previstas (art. 842 do CPC/39). Com o advento do CPC/73, passou-se a prever o cabimento do agravo de instrumento de maneira ilimitada [...]” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 935) “No Código Buzaid, o agravo era gênero no qual ingressavam duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento. Toda e qualquer decisão interlocutória era passível de agravo suscetível de interposição imediata por alguma dessas duas formas.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 926 ao 975... op. Cit. idem*).

outrora atacáveis pela via do agravo retido e não afetáveis por agravo de instrumento (e, para o legislador, irrelevantes), para as famigeradas preliminares de apelação,²⁸ na forma dos §§ 1º e 2º do art. 1.009, do CPC2015, com a esperança, talvez, de que se vença o sentimento de injustiça de uma decisão errônea com o cansaço de se ter de aguardar até uma futura apelação.²⁹

Isso, é claro, não passaria incólume no mundo real. As vicissitudes do dia a dia forense e a implacável pluralidade com que o cotidiano pós-moderno³⁰ se desenha colocariam em *xequê* a pretensão legislada. De um lado, o *jus civile*³¹ se manifestaria milênios depois com uma interpretação literal que tentaria manter a pretensão original do legislador: rol taxativo. De outro, a tese do rol mitigado sustentava um erro, talvez de alvo, do legislador, quase que repristinando o CPC1973.

Além disso, a situação começava a causar outro tipo de tempestade: chuva de mandado de segurança contra decisão judicial e, assim, uma grande insegurança jurídica aparecia no cenário jurisprudencial brasileiro com decisões favoráveis, contrárias, em cima do muro etc.

²⁸ “O Código de 2015 alterou esses dois dados ligados à conformação do agravo: o agravo retido desaparece do sistema (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, § 1.º, do CPC/2015) e o agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislador (art. 1.015, do CPC/2015). Todas as demais decisões interlocutórias não imediatamente recorríveis devem ser impugnadas mediante preliminar de apelação ou preliminar das suas contrarrazões (art. 1.009, §§ 1.º e 2.º, do CPC/2015).” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 926 ao 975... op. Cit. idem*).

²⁹ “Nota-se que o legislador fez clara opção por maior celeridade processual na fase de conhecimento, postergando o eventual reexame de questões processuais para análise conjunta quando do julgamento da apelação, desde que a parte interessada expressamente devolva essas matérias ao conhecimento do tribunal” (MARANHÃO, Clayton. *Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. Revista de Processo*, ano 41, vol. 256, junho, 2016).

³⁰ “A metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge” (BECK, Ulrich. 1944-2015. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 15). “O advento da instantaneidade conduz a cultura e a ética humanas a um território não mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos aprendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido”. (BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 163).

³¹ “O *jus civile* era um direito extremamente formal e rigoroso. As partes, quando se dirigiam ao magistrado ou quando iam realizar qualquer negócio jurídico, deviam fazer exatamente os gestos simbólicos exigidos e repetirem rigorosamente, *ipsis literis*, as palavras solenes predeterminadas (*verba certa*). As formas do processo eram sacramentais. Se alguém pronunciasse palavras incorretas ou agisse de forma diferente da preceituada, perderia a ação ou o negócio seria nulo” (ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano... op. Cit.* p. 48).

Nesse momento, o Superior Tribunal de Justiça foi acionado e, felizmente, chamado a exercer sua função constitucional de proferir a última palavra acerca de interpretação da norma federal (art. 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal) por meio dos Recursos Especiais nº 1.704.520 e 1.696.396, ambos do Mato Grosso, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrigli.

Acreditou-se, ingenuamente, que se veria vencedora uma das duas teses. Antes fosse. O STJ sabia, melhor do que ninguém, que o rol era taxativo e não existia pretensão do legislador de mitigar esse rol. No entanto, sabia também o STJ que, tal qual o CPC1939, o rol taxativo tinha gigantescas chances de ser inútil e, ainda, de fechar uma janela e derrubar um muro com a avalanche de mandados de segurança contra decisões interlocutórias irrecuráveis pelo agravo de instrumento.³²

Nesse momento, o STJ sedimentou, após a afetação e mediante julgamento pelo sistema de repetitivos, ou seja, albergado pelo inciso III, do art. 927, do CPC2015, a decisão que procurava pacificar o assunto:

EMENTA: 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. 1.045 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 litis 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 conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas

³² “Com a dúvida sobre a viabilidade do rol taxativo, o STJ inovou ao optar pela taxatividade mitigada” (LEMOS, Vinicius da Silva. A decisão do Tema Repetitivo 988 do STJ, a taxatividade mitigada do agravo de instrumento e seus reflexos processuais... *op. Cit.* p. 645).

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 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 à 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. (STJ, REsp nº 1.696.396 – Rel. Min. Nancy Andrighi – Corte Especial – j. 05.12.2018).

Todavia, o que se depreende da decisão é a existência de tantas incoerências que o Tema 988 sedimentado dos referidos Recursos Especiais simplesmente se mostrou um *feto natimorto*, que, sem ousar, apequenou-se, e, tentando agradar posições insociáveis, acabou por vilipendiar o instituto do precedente. Enfim, praticou severa autofagia, sendo um precedente que litiga contra os precedentes e serve mais à insegurança e desigualdade do que se poderia aceitar. Vilipendiaram-se, em uma só decisão, pontos constitucionais, como segurança jurídica, igualdade e celeridade/razoável duração do processo, e pontos infraconstitucionais, como o regime das preclusões e a boa-fé.

4. O TEMA 988 DO STJ: UM FETO NATIMORTO

4.1. As dimensões constitucionais

O tema 988 do STJ apresenta três vícios de constitucionalidade: (i) segurança jurídica; (ii) isonomia; (iii) celeridade e razoável duração do processo. Além, é claro, de

ofender a proporcionalidade quando abordada a recorribilidade da execução e não da fase cognitiva à luz dos números sobre litígio fornecidos pelo CNJ.

A segurança jurídica não é compreendida como uma situação inquestionável. Afinal, isso seria algo absolutamente incompatível com o simples ato de viver. A segurança jurídica é dimensionada como a percepção de previsibilidade mínima para a escolha e consecução de atos pelos agentes sociais em geral, de modo que se permita, sumariamente, a liberdade de contratação, transação e manifestação de suas vocações individuais sem o receio de que, repentinamente, sofra-se reprimenda pela variação de interpretação daquele ou desse fato/ato.³³

Com isso, o Tema 988, quando fixa um termo tão polissêmico como *urgente* ou a expressão *inutilidade do julgamento*, mostra-se incapaz de prover segurança jurídica, que, em última análise é a finalidade para a qual o precedente em si existe. O uso de um léxico amplíssimo abre às Cortes inferiores um sem-número de interpretações e permite, inclusive, sob a pecha de se estar cumprindo o referido precedente, a contumácia negligente contra o próprio precedente fixado, numa claustrofóbica vivificação da *Sereníssima República machadiana*.³⁴

³³ Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciária, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas, reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 698).

³⁴ “Este novo estatuto deu lugar a um caso novo e imprevisto, como ides ver. Tratou-se de eleger um coletor de espórtulas, funcionário encarregado de cobrar as rendas públicas, sob a forma de espórtulas voluntárias. Eram candidatos, entre outros, um certo Caneca e um certo Nebraska. A bola extraída foi a de Nebraska. Estava errada, é certo, por lhe faltar a última letra; mas, cinco testemunhas juraram, nos termos da lei, que o eleito era o próprio e único Nebraska da república. Tudo parecia findo, quando o candidato Caneca requereu provar que a bola extraída não trazia o nome de Nebraska, mas o dele. O juiz de paz deferiu ao peticionário. Veio então um grande filólogo, - talvez o primeiro da república, além de bom metafísico, e não vulgar matemático, - o qual provou a coisa nestes termos: - Em primeiro lugar, disse ele, deveis notar que não é fortuita a ausência da última letra do nome Nebraska. Por que motivo foi ele inscrito incompletamente? Não se pode dizer que por fadiga ou amor da brevidade, pois só falta a última letra, um simples a. Carência de espaço? Também não; vede: há ainda espaço para duas ou três sílabas. Logo, a falta é intencional, e a intenção não pode ser outra, senão chamar a atenção do leitor para a letra k, última escrita, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, por um efeito mental, que nenhuma lei destruiu, a letra reproduz-se no cérebro de dois modos, a forma gráfica e a forma sônica: k e ca. O defeito, pois, no nome escrito, chamando os olhos para a letra final, incrusta desde logo no cérebro, esta primeira sílaba: Ca. Isto posto, o movimento natural do espírito é ler o nome todo; volta-se ao princípio, à inicial ne, do nome Nebrask. - Cané. - Resta a sílaba do meio, bras, cuja redução a esta outra sílaba ca, última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. E, todavia, não a demonstrarei, visto faltardes o preparo necessário ao entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e

Para exemplificar a situação, chama-se atenção para três julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos quais, versando sobre a mesma matéria de fundo (relacionados à realização da perícia), foram proferidas três decisões completamente diferentes, lançando, cada qual, argumentos de variadas formas e conteúdo.

A 4ª Câmara de Direito Público, no agravo de instrumento nº 3003751-17.2018.8.26.0000 (julgado em 14.03.2019, ou seja, já sob a égide do Tema 988), entendeu que perícia e honorários do perito não são matérias cognoscíveis por agravo de instrumento e não conheceu do recurso. Já a 12ª Câmara de Direito Público do TJSP, no AI nº 2126673-77.2018.8.26.0000, conheceu do referido agravo, porém, no mérito, negou-lhe provimento. Por fim, no caso mais destoante, proferido pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça no AI nº 2174771-93.2018.8.26.0000, não apenas se conheceu do referido recurso (em consonância com o segundo exemplo), como ainda lhe foi dado provimento com base em argumentos deveras questionáveis e aplicáveis a qualquer situação, como obstáculo indevido ao direito de defesa e do direito de produção de provas.³⁵

Além da insegurança jurídica de decisões que não conhecem do agravo, algumas decisões que conhecem e negam provimento e outras decisões que conhecem e dão provimento, vislumbra-se outro efeito colateral severo: o esvaziamento da igualdade material quando casos iguais passam a ter entendimentos diferentes pautados em posições pessoais de magistrados e desembargadores, o que fragiliza a reputação pretoriana e a confiança no judiciário. Até mesmo a finalidade do recurso de agravo de instrumento passa a sofrer variações que não aquela fixada por lei ou pelo Tema 988, uma vez que a mesma perícia poderá ser deferida, indeferida, conhecida ou não conhecida, não porque existem elementos diferenciadores como a *urgência* ou a *inutilidade*, mas porque, sendo iguais, as

efeitos, fases, modificações, conseqüências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras. Mas, suposta a demonstração, aí fica a última prova, evidente, clara, da minha afirmação primeira pela anexação da sílaba ca às duas Cane, dando este nome Caneca.” (ASSIS, Machado de. *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. v. II. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000239.pdf>. Acesso: 11/08/2021).

³⁵ “Em sede de juízo de admissibilidade, anoto estarem reunidos os pressupostos e condições de recorribilidade, devendo o presente agravo de instrumento ser conhecido, pois, apesar de não estar expressamente previsto em uma das hipóteses do art. 1.015, do CPC, encontra espaço para ser conhecido, na medida em que se refere a questão atinente ao direito de defesa das partes, com assento constitucional no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que pode implicar prejuízo à demonstração do direito debatido na presente ação de modo, portanto, a justificar a flexibilização do rol estabelecido pelo art. 1.015 do CPC.” (TJSP – AI nº 2174771-93.2018.8.26.0000 – 1ª Câmara Res. Dir. Ambiental – Rel. Des. Nogueira Diefenthaler – j. 07.02.2019).

decisões trazem vocações diferenciadoras injustificáveis resultantes de interpretações divergentes insustentáveis conjuntamente.³⁶

O terceiro eixo das inconstitucionalidades tanto do tema 988 como, é claro, da interpretação taxativa do rol do art. 1.015 do CPC15, está na postura contraproducente da postergação de assuntos chaves do processo, que, se adequadamente analisados no momento anterior, permitem uma solução permanente e efetiva à lide e, ainda, impedem que atos desnecessários sejam feitos ou, uma vez feitos, sejam reconhecidos como inválidos e se imponha seu refazimento.

Viola, portanto, a celeridade e a razoável duração do processo a postergação inútil de decisão sobre assunto que, decidido a posterior, levará à necessidade de se refazerem todos os atos até ali praticados. Nesse contexto, a celeridade e a razoável duração do processo são vilipendiadas tanto pela ótica de um processo que dura mais do que precisa como, é claro, com a manutenção da carga extraordinária sobre o Poder Judiciário com alongamento inútil de questões que reclamavam resposta mais célere e tempestiva.³⁷

Aqui, é da prática forense que a experiência se levanta novamente, apresentando, na prática, os efeitos colaterais do Tema 988 que se apegou diante da realidade subjacente do Brasil: o Recurso Especial nº 1.095.479 foi julgado pelo STJ pelo sistema preliminar de apelação para análise da tese de cerceamento de defesa sustentada pelo julgamento antecipado de mérito. Em que pese em nada se relacionar com a situação em comento, o tempo que permaneceu perante o STJ para ser julgado chama a atenção para um risco notório de a vilania manifestar-se não no erro, mas na tardia resposta contra ele. O referido REsp nº 1.095.479 foi distribuído ao STJ em 26.11.2008 e transitou em Julgado perante o próprio STJ apenas em 13.11.2013, com baixa ao Tribunal de Origem em 18.11.2013. Permaneceu,

³⁶ “Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciados* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 193).

³⁷ “O princípio da duração razoável possui dupla função porque, de um lado, respeita ao tempo do processo em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde o seu início até o final com trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 370/371).

com isso, inacreditáveis 05 (cinco) anos apenas no STJ, que, ao final, deu provimento ao REsp e, ironicamente, determinou o regresso dos autos à fase inicial para colheita de provas, que, a essa altura do feito, poderão simplesmente ser impossíveis, inúteis ou inacessíveis.

Outro caso que teve vida longa perante o próprio Superior Tribunal de Justiça foi o agravo interno em REsp nº 1.459.326, que, entre sua distribuição à Corte e seu trânsito em julgado perante o referido tribunal, custou à parte recorrente (sobretudo) a bagatela de 03 (três) anos de espera antes de, finalmente, ver o recurso ser provido para reconhecer o cerceamento do direito de defesa.

Em termos regionais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conta com o processo nº 1015200-94.2015.8.26.0037, que foi julgado improcedente em 16.12.2016 e levou 02 (dois) anos para ter seu trânsito em julgado reconhecido. A baixa do apelo, que acolheu as razões recursais para cassar a sentença e ordenar a realização da prova necessária, ocorreu apenas em 29.01.2019 e até a presente ano de 2021 o referido processo se encontra, inclusive, sem sentença de primeiro grau.

Em todos esses casos, o que se vê é a perda irresponsável de tempo – o mais irredutível e irrepetível dos bens – com a subida de decisões que são, posteriormente, anuladas em virtude de cerceamento de defesa. O caso dos autos de nº 1015200-94.2015.8.26.0037 ilustra enfaticamente o aspecto. Deveras, quantas decisões que indeferiram, de maneira interlocutória, pedidos de prova, seja pericial, seja de outro tipo, não foram, depois, reformadas pelas Cortes, retardando desnecessariamente, durante anos, processos?

Por tais razões, o Tema 988 é um feto natimorto e reclama superação, uma vez que sua fixação, tal como se encontra, milita em sentido diametralmente oposto ao papel social dos precedentes, esvaziando a segurança jurídica, a isonomia, a celeridade e a razoável duração do processo. Consequentemente, considerando o primado constitucional esculpido no artigo 1º do mesmo Diploma Processual Civil em vigor, é imperioso reconhecer que a única interpretação admissível a respeito do rol do art. 1.015 do CPC é a que o reconhece como um rol exemplificativo, sem o que a inconstitucionalidade se materializa de forma reiterada e gritante.

4.2. As dimensões infraconstitucionais

Além dos erros na seara constitucional, o campo infraconstitucional não se encontra em melhores condições, na medida em que, resumidamente, a decisão proferida pelo STJ acaba por (i) vulnerar o sistema de preclusões do CPC/2015, (ii) por fornecer um lacunoso espaço para a incursão da *preliminar de algibeira* e, ainda, (iii) representar uma escolha política incoerente e insustentável.

O sistema de preclusões criado pelo CPC2015 levava em consideração a interpretação taxativa do rol do art. 1.015, do CPC2015 devidamente conjugada com os §§1º e 2º do art. 1.009 do CPC2015. Para o legislador, não existia qualquer mitigação e, portanto, o sistema de preclusões estava fechado contra suspeitas de eficiência ou lacunas interpretativas.

Contudo, isso se desfez. Ainda que o Tema 988 tenha modulado efeitos sobre o assunto das preclusões, não deixou de manter acesa a luz do alerta sobre as chances de situações nebulosas nas quais não é possível determinar peremptoriamente se é caso de mitigação ou de interpretação literal. Assim, errando o jurisdicionado, estará preclusa a arguição em sede de preliminar de apelação?³⁸

Isso, conseqüentemente, imporá uma leitura conjugada das preclusões, do rol taxativo e dos princípios processuais (com destaque ao da boa-fé), uma vez que, além de as pessoas de boa-fé se verem sob a necessidade de recorrer sempre e a qualquer custo para que não sejam apenas repentinamente pela interpretação de preclusão, é possível vislumbrar a hipótese de utilização da preliminar de apelação como ferramenta para litigância de má-fé (art. 80, VII, do CPC2015) em uma releitura da *preliminar de algibeira*.

³⁸ Nesse sentido, novamente, destaca a doutrina: “O sistema de preclusão das decisões interlocutórias é evidentemente impactado pela escolha de uma taxatividade mitigada, pelo fato de que havia um fechamento desse sistema entre agravo de instrumento nas decisões do rol e apelação para as demais. Dado esse entendimento, há uma dúvida sobre a preclusão, pelo fato de que há, de certa maneira, uma escolha da parte prejudicada na decisão aparentemente não agravável se utilizará ou não do agravo de instrumento com taxatividade mitigada.

O STJ tenta esclarecer de que uma vez interposto o agravo de instrumento e não aceito pelo Tribunal de segundo grau por ausência de recorribilidade, ainda persistirá a possibilidade de fazê-lo em grau de apelação, contudo ainda não definiu claramente a preclusão nas hipóteses em que jurisprudencialmente forem construídos os cabimentos do agravo e que estão fora do rol, se a parte optar por recorrer na apelação, o que deixa uma incerteza na própria teoria da taxatividade mitigada” (LEMOS, Vinicius da Silva. A decisão do Tema Repetitivo 988 do STJ, a taxatividade mitigada do agravo de instrumento e seus reflexos processuais... *op. Cit.* p. 669).

Isso ocorre porque o CPC2015 é marcado por forte tendência principiológica, com inovações significativas como o princípio da cooperação e, noutros casos, com a sedimentação de princípios já pacificados na jurisprudência como o princípio da boa-fé.³⁹ Essa tendência marca uma revolução copernicana na forma de ver o processo, que já não permite mais um *vale-tudo*, mas estabelece limites à divergência processual⁴⁰, como nos antigos duelos medievais em que, quebrada uma das regras, o duelo se convertia em homicídio.⁴¹

Dessa maneira, é importante levantar a analogia jurisprudencial e doutrinária acerca da *nulidade de algibeira*, que se trata, sumariamente, da nulidade sabida pela parte, mas estrategicamente ignorada para apresentá-la em momento posterior a fim de obter efeito protelatório mais exitoso.⁴²

Essa situação é factível, desta feita, graças à fixação, no Tema 988 do STJ, de circunstâncias cinzentas. Malgrado apontar a medida como urgente de maneira absoluta seja impossível (perícia cujo objeto se perde com o tempo sem que a parte pudesse prever essa

³⁹ “Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 489, Novo CPC)” (THEODORO JUNIOR, Humbert. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 46/47).

⁴⁰ O art. 5º do Novo CPC consagrou de forma expressa entre nós o princípio da boa-fé objetiva, de forma que todos os sujeitos processuais devem adotar uma conduta no processo em respeito a lealdade e a boa-fé processual. Sendo objetiva, a exigência de conduta de boa-fé independe da existência de boas ou más intenções. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé objetiva se apresenta como exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume Único*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 147/148).

⁴¹ “Alguém que desafiava outro indivíduo para um duelo colocava sua própria vida em risco em nome de algo imaterial, seu sentimento de honor [...] o duelo é autoimolação e altivez espiritual; o latrocínio é dano covarde a terceiro e egoísmo materialista” (RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 43/44).

⁴² “A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada ‘nulidade de algibeira ou de bolso’” (EDcl no REsp 1424304/SP, j. em 12.08.2014, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.2014). “Assim sucede, também, em caso de ausência de intimação, que deve ser arguida na primeira oportunidade em que a parte tiver que falar nos autos.

Note-se que, no caso, não se trata de preclusão temporal, mas de forma mais aproximada da preclusão lógica, pois decorrente da conduta da parte, que atua no processo como se não houvesse vício e, depois, o argui. É contraditório o comportamento da parte, nesse caso. Como se afirma na jurisprudência, não fosse assim, se admitiria que a parte guardasse uma “nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno [livro eletrônico]*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016).

circunstância; oitiva de testemunha de pessoa octogenária etc.), ao protelador oficial torna-se uma estratégia conveniente para, mais tarde, fazer retornar um processo em fase anterior em seu único benefício.

Esse exemplo foi retirado do agravo interno em Recurso Especial nº 1.681.1755 do STJ, em que a preclusão só não foi reconhecida em virtude de o tribunal de origem não ter oportunizado a manifestação à parte, e do processo nº 0331197-67.2015.8.19.0001, que tramitou perante o TJRJ, no qual a Corte consignou a preclusão de preliminar em razão de não arguição, via agravo de instrumento, das hipóteses do art. 1.015, do CPC, deixando, com isso, aberta a sensação e a chance teórico-argumentativa de uma preliminar de apelação de matéria que era urgente à parte que, no final, só pretende ganhar tempo (e muito tempo conforme o subcapítulo anterior), criando uma *preliminar de algibeira*.

Por fim, além dos problemas causados à estrutura das preclusões e pela abertura teórica para a criação da *preliminar de algibeira*, o Tema 988 do STJ padece – tal qual a norma mesma já padecia, mas levemente atenuada pela mitigação aplicada – da absurda teratologia de um Código que esquece as vicissitudes de sua própria sociedade e, assim, impede o manejo de agravo de instrumento na fase cognitiva, quando, na verdade, o problema da morosidade do judiciário se encontra, principalmente, na fase executiva.⁴³

Crendo que o problema era a recorribilidade das decisões interlocutórias na fase cognitiva, o legislador ignorou vasto acervo estatístico do próprio CNJ⁴⁴, que demonstra claramente a existência de um problema sobremodo maior na satisfação da decisão e não na busca de uma decisão.

Dessa maneira, o art. 1.015, do CPC fixa um pretenso rol taxativo (hoje mitigado pela urgência e perda da utilidade), no entanto, dá carta branca aos jurisdicionados para que recorram, via agravo de instrumento, de absolutamente todas as decisões proferidas em sede

⁴³ No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a taxa de congestionamento da execução chega a alarmantes 92,2%” (HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da Execução Civil: Reflexões Sobre o Projeto de Lei nº 6.204/19. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020. P. 169).

⁴⁴ “Desconsiderados os processos de execução, a taxa de congestionamento do 1º grau do Judiciário cairia dos atuais 70% para 58% [...] Em todos os segmentos de justiça, a taxa de congestionamento da fase de execução supera a da fase de conhecimento, com diferença que chega a 24 pontos percentuais no total” (CNJ, *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. P. 169).

de execuções e cumprimento de sentença, o que, conforme salientando acima, representa o grande obstáculo à eficiência do judiciário: ganha, mas não leva.⁴⁵

Quando, então, o legislador consegue a indescritível façanha de corrigir o problema errado, a jurisprudência lhe acompanha em não observar que as escolhas políticas do legislador não buscam uma justificável celeridade e razoável duração do processo, mas, teimosamente, punem o uso do *duplo grau de jurisdição*, responsabilizando-o pela ineficiência judiciária, que é um complexo muito maior do que apenas obter uma sentença favorável. Ignoram, assim, que, procurando salvar o doente da enfermidade, se equivocam no manuseio e, ao invés de medicá-lo, matam-no.

Por isso, na seara infraconstitucional, o Tema 988 se mostra superado (e necessita desse reconhecimento), quando, no seu próprio nascedouro, deixa de observar as insustentabilidades que causa ao sistema de precedentes e o como propicia aos litigantes contumazes ferramentas aptas à litigância de má-fé mediante a *preliminar de algibeira*. Complementa, enfim, com a coroa das incoerências: a restrição do agravo na fase cognitiva, quando o problema da ineficácia jurisdicional está na fase executiva.

5. CONCLUSÃO

O Brasil adotou, com o CPC2015, um sistema característico próprio de precedentes, que preconiza o caráter funcional de sua validade em detrimento do material. No entanto, em nenhum momento abandonou seus elementos formadores como *obiter dictum*, *ratio decidendi*, *overruling* e *distinguishing*, bem como sua função social atrelada ao papel de fornecer segurança jurídica, celeridade, isonomia e razoável duração do processo.

Nessa senda, sob o sistema de repetitivos, o STJ proferiu decisão e estabeleceu o Tema 988, que tentou – sem êxito – regular as controvérsias levantadas pela desastrosa legislação acerca do agravo de instrumento pretensiosamente taxativo, mas que, como um velho Napoleão, ignorou as particularidades e realidades subjacentes da sociedade e da contemporaneidade.

⁴⁵ Art. 1.015. [...] 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, *Código de Processo Civil de 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 11/08/2021).

Por isso, este artigo apresentou uma evolução, conceituação e elaboração da função social dos precedentes e, depois, investigou a experiência histórica brasileira relacionada aos agravos até a consolidação do Tema 988. Em seguida, demonstrou que, em que pese o intento do referido tema, o precedente se mostrou natimorto, atuando como um precedente contra os precedentes ao vulnerar, por sua sistemática, valores fundamentais como a segurança jurídica, a razoável duração do processo, a igualdade material e a celeridade no âmbito constitucional; por desestabilizar todo o sistema de preclusões, oportunizando a confecção pelos litigantes de má-fé da *preliminar de algibeira*; e, finalmente, por manter a teratológica escolha legislativa que impede os agravos na fase cognitiva, mas os permite totalmente na fase executiva, que é a responsável pela grande maioria da ineficácia judiciária.

REFERÊNCIAS:

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- ASSIS, Machado de. *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. v. II. – Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000239.pdf>.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014
- BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. 1944-2015. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BRASIL, *Código de Processo Civil de 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

- CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução e notas Amador Cisneiros – 2. Ed. – São Paulo: EDIPRO, 2011.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CNJ, *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Range; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2019.
- DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Querela nullitatis insanabilis: colocando o juiz em seu devido lugar*. In *Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces da defesa dos direitos fundamentais*. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. – Curitiba: Instituto Memória. 2020.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.
- GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da Execução Civil: Reflexões Sobre o Projeto de Lei nº 6.204/19. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020.
- LEMONS, Vinicius da Silva. A decisão do Tema Repetitivo 988 do STJ, a taxatividade mitigada do agravo de instrumento e seus reflexos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Vol. 21. N. 3. Set/dez. 2020.
- MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, ano 41, vol. 256, junho, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 926 ao 975*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Comentários ao Código de Processo Civil; v. 15 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno [livro eletrônico]*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume Único*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- ORWELL, George, 1903-1950. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. Trad. Heitor Aquino Ferreira. – São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- PUGLIESE, William. *Precedentes e civil law brasileira [livro eletrônico]: introdução a aplicação do novo código de Processo Civil*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humbert. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. *in O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.