

Recursos Especiais Repetitivos e aspectos procedimentais: análise dos Temas 188, 313 e 938

Livia Boruchovitch Fonseca

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas

<http://orcid.org/0000-0002-2214-2478>

Resumo: o presente artigo se insere no campo do Direito Processual Civil, mais especificamente no estudo das técnicas de julgamento de casos repetitivos (Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça). O objetivo do artigo é analisar aspectos procedimentais dos Recursos Especiais Repetitivos que possam afetar o tempo de tramitação até a fixação da tese jurídica. Para tanto, buscou-se entender porque existe uma disparidade de datas de afetação de recursos de um mesmo Tema de Repetitivos. Foram analisados os pronunciamentos judiciais proferidos nos Recursos Especiais afetados para julgamento dos Temas 118, 313 e 938 dos Recursos Especiais Repetitivos. Foi possível obter como resultado que a disparidade de datas de afetação ocorrida no Tema 118 reflete uma dúvida de aplicação ocorrida no tribunal de origem, possivelmente derivada da forma como a tese foi originalmente fixada. Quanto ao Tema 313, foi possível observar a importância da seleção do caso a ser julgado e da delimitação da questão a ser decidida. Por fim, o Tema 938 provoca reflexões sobre a quantidade de casos que são efetivamente julgados pelo STJ depois de afetados para o rito dos Repetitivos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; litigância repetitiva; Recursos Especiais Repetitivos; procedimento; Superior Tribunal de Justiça.



Repeated Special Appeals and procedural aspects: Themes 188, 313 and 938 analysis

Abstract: This paper belongs to Civil Procedure field, specifically the study of repeated judgments technique (Repeated Special Appeal in Superior Tribunal de Justiça). This paper's aim is to analyze procedural aspects that may affect the period of time for the case to be completely solved. For this purpose, the understanding of the reason why there is a difference in the affectation date of different Special Appeal selected to judgement in the same Theme was sought. For this purpose, the judicial statements related to Themes 118, 313 and 938 were analyzed. As a result, it was discovered that the reason of the difference of affection dates in Special Appeals in Theme 118 was a doubt in the application of the original thesis by the lower court. In terms of Theme 313, it was observed the importance of selection of the Special Appeal to be judge and the definition of the legal question that will be decided. With respect to Theme 938, this Theme brings considerations on the number of Appeals judged and the number of Appeals selected to judgment in the repeated judgments technique.

Keywords: Civil Procedure; repeated litigation; Repeated Special Appeals; procedure; Superior Tribunal de Justiça.

Introdução

Os Recursos Especiais Repetitivos (REsp Repetitivos) se inserem em um contexto de reformas legislativas e judiciárias que, pautadas em um diagnóstico dos efeitos nocivos à atividade econômica causados pela morosidade do Poder Judiciário e a falta de padronização decisória¹, visam a centralização e racionalização da atividade jurisdicional, a simplificação dos ritos processuais e a diminuição dos tempos das demandas². Uma das principais motivações desse procedimento é eminentemente econômica por buscar a simplificação do julgamento dos recursos e a redução do número de futuros recursos³.

Os Recursos Especiais Repetitivos (REsp Repetitivos) foram introduzidos no sistema processual brasileiro com a Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil (CPC) vigente no momento. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o procedimento era regulamentado pela Resolução nº 8 de 2008.

Posteriormente, o CPC de 2015 reafirmou a previsão do instituto, com os art. 1.036 a 1.041. Dessa redação, se extrai que essa técnica de julgamento é utilizada quando houver multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito. Para sua efetivação, dois ou mais recursos que representem a controvérsia são afetados para julgamento e fixação de tese, enquanto os demais com a mesma questão de

¹ ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário. In: SHAPIRO, Mario G, TRUBEK, David M. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**, Coleção: Direito, desenvolvimento e justiça, Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

² ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário. In: SHAPIRO, Mario G, TRUBEK, David M. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**, Coleção: Direito, desenvolvimento e justiça, Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2012, p.364.

³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de; AMADEO, Rodolfo Da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira Teixeira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. *Economia, Direito e Política. Revista de Processo*, v. 220, 2013, p. 25.

direito são suspensos, aguardando o julgamento para posterior aplicação da tese fixada. A Emenda Regimental nº 24 de 2016 alterou o Regimento Interno do STJ para adequá-lo ao novo CPC, o que inclui previsões em relação aos REsp Repetitivos, em especial os art. 256 a 270 do Regimento Interno.

Por ter como finalidade trazer economia processual e segurança jurídica, o desenho procedimental da técnica dos Recursos Repetitivos deve ser adequado a esses fins. O Código de Processo Civil prevê no art. 1.036, caput⁴ que havendo multiplicidade de recursos especiais com a mesma questão de direito, haverá a afetação para julgamento como Repetitivo, ou seja, haverá a submissão dessa questão jurídica ao procedimento dos Recursos Especiais Repetitivos. A seleção dos casos representativos da questão jurídica que serão julgados para a fixação da tese pode ser feita tanto pelo presidente ou vice-presidente do tribunal⁵ no qual o Recurso Especial se originou, quanto pelo relator no tribunal superior⁶.

Após a seleção dos recursos, o art. 1.037 prevê que será proferida decisão de afetação⁷, que:

“I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.”

Depois da decisão de afetação, as regras procedimentais⁸ preveem a possibilidade de o relator solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia; fixar data para audiência pública; solicitar informações aos tribunais inferiores e intimar o Ministério Público para manifestar-se. O julgamento ocorrerá com preferência aos demais casos e após serem decididos os recursos afetados, os demais recursos com a mesma questão jurídica serão considerados prejudicados ou serão julgados para aplicação da tese⁹. Com a publicação do chamado acórdão paradigma também se possibilita a aplicação para os demais casos com a mesma questão de direito¹⁰.

⁴ CPC, Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ CPC, Art. 1.036, § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

⁶ CPC, Art. 1.036, § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

⁷ CPC, Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

⁸ CPC, Art. 1.038 O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

⁹ CPC, 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.

¹⁰ CPC, 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 grau 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.

A previsão do §4º do art. 1.037¹¹ evidencia a tentativa de buscar a celeridade processual, que prevê o julgamento dos recursos afetados em até 1 ano, em preferência aos demais, exceto os que envolvem réus presos e pedidos de *habeas corpus*. Importante mencionar que o §5º do mesmo artigo¹², que previa que a afetação e suspensão dos processos cessaria após findo o prazo de 1 ano sem que houvesse julgamento, foi revogado pela Lei 13.256 de 2016, em contramão à tentativa de trazer maior celeridade para os julgamentos dos tribunais superiores.

Em contramão à ideia de celeridade processual, uma das finalidades dessa técnica de julgamento, observou-se que nos Temas 118, 313 e 938¹³ dos Recursos Especiais Repetitivos havia uma diferença temporal grande entre datas de afetação de recursos diferentes que foram julgados para solucionar um mesmo Tema. Entre os recursos do Tema 118, a diferença entre as datas de afetação dos recursos é de aproximadamente 9 anos e 2 meses. Já no Tema 313, um mesmo recurso foi afetado em 11/11/2009 e em 03/05/2016, totalizando cerca de 6 anos e 6 meses. Por fim, o Tema 938 possui um lapso temporal de 8 meses entre as afetações dos recursos que o compõem¹⁴.

A existência de uma disparidade entre datas de afetação de recursos que pertencem a um mesmo Tema de Recursos Especiais Repetitivos ensejou a realização desse artigo, que busca responder à questão “*por que há uma disparidade de data de afetação entre recursos selecionados para julgamento como repetitivos dentro dos Temas 118, 313 e 938?*”. Com isso, pretende-se compreender aspectos procedimentais do desenho da técnica de recursos repetitivos que possam ensejar uma demora excessiva no procedimento de afetação ou de julgamento e definição da tese jurídica. No item 1 – Notas metodológicas, são traçadas algumas considerações da metodologia da pesquisa, bem como explica-se a escolha pelos Temas 118, 313 e 938 como objetos de análise. Já os itens 2, 3 e 4 apresentam, respectivamente, os resultados obtidos da análise dos pronunciamentos judiciais dos Temas 118, 313 e 938. Por fim, são apresentadas conclusões do artigo.

Notas metodológicas

Antes de adentrar às análises dos Temas 118, 313 e 938 dos Recursos Especiais (REsp) Repetitivos, no que concerne a diferença de datas de afetação dos recursos pertencentes a um mesmo tema, é necessário explicitar o caminho metodológico traçado para a elaboração do presente artigo.

É importante ressaltar que a ideia de investigar a divergência de datas de afetação entre recursos selecionados para julgamento como repetitivo dentro de um mesmo Tema surgiu durante a construção de um banco de dados, que utilizou como critério os temas de Recursos Especiais Repetitivos afetados depois

¹¹ CPC, Art. 1.037, 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

¹² CPC, Art. 1.037, 5º § 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do caput, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal. Revogado pela Lei 13.256 de 2016.

¹³ Tema é a forma como os Recursos Especiais Repetitivos são cadastrados no site do Superior Tribunal de Justiça. A cada questão jurídica decidida é atribuída um número de Tema. A escolha dos Temas 118, 313 e 938 é detalhada no item 1 – Notas metodológicas.

¹⁴ Embora o Tema 938 tenha um lapso temporal entre as decisões de afetação significativamente menor que os outros dois Temas selecionados, optou-se por manter também ele na análise pelo fato de esse Tema ter uma das datas de afetação anterior a entrada em vigor do CPC/2015 e outro com a data de afetação posterior a vigência do CPC 2015. Mais detalhes sobre a seleção dos três Temas objeto desse artigo estão expostos no item 1 – Notas metodológicas.

de 18/03/2016¹⁵ e com trânsito em julgado até 31/12/2020¹⁶. Com esse banco de dados, foi possível constatar que os Temas 118, 313 e 938 tinham recursos com datas de afetação anteriores à 18/03/2016 e, simultaneamente, recursos com datas de afetação posteriores à 18/03/2016. No caso específico do Tema 313, embora apenas um recurso tivesse sido afetado a julgamento, havia a indicação de duas datas de afetação para esse recurso, uma anterior e uma posterior à data de recorte da amostra.

Quadro 1 – Data de afetação dos REsp pertencentes aos Temas 118, 313 e 938 dos Recursos Especiais Repetitivos

Tema	Recurso	Data de afetação do acórdão ao julgamento em REsp Repetitivos
118	REsp 1.111.164/BA	13/03/2009
118	REsp 1.365.095/SP	18/05/2018
118	REsp 1.715.294/SP	18/05/2018
118	REsp 1.715.256/SP	18/05/2018
313	REsp 1.144.469/PR	11/11/2009 e 03/05/2016
938	REsp 1.551.956/SP	08/09/2015
938	REsp 1.599.510/SP	16/05/2016
938	REsp 1.599.511/SP	16/05/2016
938	REsp 1.599.618/SC	16/05/2016
938	REsp 1.602.800/DF	31/05/2016

Fonte: elaboração própria a partir de informações disponíveis em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/. Acesso em: 12/07/2021.

Diante disso, surgiu a pergunta “*por que há uma disparidade de data de selecionados entre recursos afetados para julgamento como repetitivos dentro dos Temas 118, 313 e 938?*”, a que se pretende responder nesse artigo. Para atingir esse objetivo, escolheu-se a leitura e análise dos pronunciamentos judiciais feitos nos Recursos Especiais desses três temas, com o objetivo de encontrar passagens que justificassem ou indicassem informações a respeito do motivo para a diferença de datas entre os recursos de um mesmo tema. Escolheu-se analisar despachos, decisões interlocutórias e acórdãos, tendo em vista que as informações que se buscavam poderiam estar contidas em qualquer um dos tipos de pronunciamentos judiciais, previstos nos artigos 203¹⁷ e 204¹⁸ do Código de Processo Civil (CPC).

Foram obtidos 60 pronunciamentos judiciais dos 10 Recursos Especiais afetados nos temas objetos do artigo, sendo que esses pronunciamentos foram proferidos até julho de 2021, data da coleta dos dados para a elaboração do presente artigo. Para obter esses pronunciamentos, foi realizado o seguinte percurso

¹⁵ A escolha da data de 18/03/2016 como a data inicial para a construção do banco de dados se justifica pelo fato de ser essa a data de entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 2015).

¹⁶ O tema 938 foi novamente afetado para julgamento em 26/05/2021. Contudo, decidiu-se por mantê-lo na análise desse artigo, tendo em vista a possibilidade de investigar mais a fundo questões procedimentais desse Tema que poderiam tanto ter levado a afetação simultânea de 5 acórdãos quanto a reafetação do tema para julgamento após o trânsito em julgado dos Recursos. Ressalta-se que a Petição 14.369/DF, que levou à nova afetação, não tem a ela associada nenhuma decisão, motivo pelo qual não foi analisada nesse artigo.

¹⁷ CPC, Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
 § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
 § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
 § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
 § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

¹⁸ CPC, Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

no site do Superior Tribunal de Justiça: Aba Precedentes > Pesquisa de Precedentes > Pesquisa avançada > No campo Número, inserção do número do Tema > Link específico do Recurso > Aba Decisões. A cada um dos Recursos objeto do artigo foi atribuída uma letra (de A a J) e a cada um dos pronunciamentos foi atribuído um número (de 1 a 60), para fins de organização. Os recursos foram organizados pela seguinte ordem: (i) primeiro os do Tema 118, depois Tema 313 e por fim Tema 938; (ii) dentro de um tema, acórdãos organizados segundo ordem cronológica da data de afetação; (iii) nos recursos com mesma data de afetação, ordem que eles apareciam no site do STJ. Os pronunciamentos foram organizados, seguindo os critérios de (i) ordem alfabética da letra atribuída ao recurso a que o pronunciamento está vinculado; (ii) dentre pronunciamentos de um mesmo recurso, ordem cronológica da data do pronunciamento¹⁹; (iii) nos pronunciamentos com mesma data, utilizou-se a ordem de aparecimento no site do STJ, de baixo para cima.

Quadro 2 – Pronunciamentos judiciais dos acórdãos pertencentes aos temas 118, 313 e 938 dos Recursos Especiais Repetitivos e suas datas de publicação no DJE.

Tema	Letra atribuída ao recurso	Número do REsp	Número atribuído ao pronunciamento para análise	Data do pronunciamento
118	A	1.111.164/BA	1	13/03/2009
118	A	1.111.164/BA	2	25/05/2009
118	B	1.365.095/SP	3	22/08/2017
118	B	1.365.095/SP	4	20/03/2018
118	B	1.365.095/SP	5	28/05/2018
118	B	1.365.095/SP	6	11/03/2019
118	C	1.715.294/SP	7	19/03/2018
118	C	1.715.294/SP	8	18/05/2018
118	C	1.715.294/SP	9	16/10/2019
118	C	1.715.294/SP	10	18/08/2020
118	D	1.715.256/SP	11	11/04/2018
118	D	1.715.256/SP	12	18/05/2018
118	D	1.715.256/SP	13	11/03/2019
313	E	1.144.469/PR	14	11/11/2009
313	E	1.144.469/PR	15	05/05/2014
313	E	1.144.469/PR	16	03/05/2016
313	E	1.144.469/PR	17	02/12/2016
938	F	1.551.956/SP	18	08/09/2015
938	F	1.551.956/SP	19	14/09/2015
938	F	1.551.956/SP	20	22/09/2015
938	F	1.551.956/SP	21	25/09/2015
938	F	1.551.956/SP	22	01/10/2015
938	F	1.551.956/SP	23	13/10/2015
938	F	1.551.956/SP	24	29/10/2015
938	F	1.551.956/SP	25	06/11/2015
938	F	1.551.956/SP	26	06/11/2015

¹⁹ A data referida como data de publicação no DJE é a que consta no link de acessos ao arquivo do pronunciamento no site do STJ, que também é a data de consta no rodapé do arquivo PDF do pronunciamento como “DJE: DD/MM/AAAA”.

938	F	1.551.956/SP	27	06/11/2015
938	F	1.551.956/SP	28	06/11/2015
938	F	1.551.956/SP	29	04/04/2016
938	F	1.551.956/SP	30	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	31	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	32	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	33	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	34	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	35	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	36	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	37	15/04/2016
938	F	1.551.956/SP	38	20/04/2016
938	F	1.551.956/SP	39	20/04/2016
938	F	1.551.956/SP	40	29/04/2016
938	F	1.551.956/SP	41	29/04/2016
938	F	1.551.956/SP	42	25/05/2016
938	F	1.551.956/SP	43	25/05/2016
938	F	1.551.956/SP	44	22/06/2016
938	F	1.551.956/SP	45	06/09/2016
938	G	1.599.510/SP	46	16/05/2016
938	G	1.599.510/SP	47	25/05/2016
938	G	1.599.510/SP	48	03/02/2017
938	G	1.599.510/SP	49	14/11/2017
938	G	1.599.510/SP	50	07/02/2018
938	H	1.599.511/SP	51	16/05/2016
938	H	1.599.511/SP	52	25/05/2016
938	H	1.599.511/SP	53	06/09/2016
938	I	1.599.618/SC	54	16/05/2016
938	I	1.599.618/SC	55	25/05/2016
938	I	1.599.618/SC	56	03/02/2017
938	I	1.599.618/SC	57	14/11/2017
938	J	1.602.800/DF	58	31/05/2016
938	J	1.602.800/DF	59	03/02/2017
938	J	1.602.800/DF	60	24/08/2018

Fonte: elaboração própria a partir de informações disponíveis em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/. Acesso em: 12/07/2021.

Os pronunciamentos foram lidos e suas informações foram catalogadas, segundo as categorias apresentadas no Quadro 3. Estão indicadas como fonte “própria” aquelas categorias cujo preenchimento envolviam a interpretação dos dados pela pesquisadora e não simplesmente cópia das informações disponíveis no *site* do Superior Tribunal de Justiça.

Quadro 3 – Categorias de análise, explicação e fonte de onde a informação era retirada

Categoria	Explicação	Fonte
Tema	Número do tema atribuído ao REsp Repetitivo	Site STJ
Ramo do Direito	Ramo do Direito	Própria
Letra do Recurso	Letra de catalogação atribuída ao recurso, para fins de organização	Própria
REsp	Número do recurso no STJ	Site STJ
Data de afetação do recurso	Data em que o acórdão foi afetado para julgamento em Repetitivo	Site STJ
Parte 1	Nome da primeira parte envolvida. <i>A priori</i> , o nome do recorrente; caso as duas partes constassem como recorrente, era indicada como parte 1 a primeira a constar no site do STJ	Site STJ
Tipologia parte 1	Categorização da primeira parte envolvida nas categorias: pública, privada pessoa física e privada pessoa jurídica	Própria
Parte 2	Nome da segunda parte envolvida - <i>A priori</i> , o nome do recorrido; caso as duas partes constassem como recorridos, era indicada como parte 2 a segunda primeira a constar no site do STJ	Site STJ
Tipologia parte 2	Categorização da segunda parte envolvida enquanto nas categorias: pública, privada pessoa física e privada pessoa jurídica	Própria
Número do pronunciamento (cataloga)	Número atribuído ao pronunciamento judicial, para fins de organização	Própria
Data do pronunciamento	Data constante no link da decisão e repetida no rodapé do documento PDF do pronunciamento	Site STJ
Tipo de pronunciamento	Categorização da decisão enquanto decisão monocrática, acórdão ou despacho	PDF do pronunciamento, retirado do site do STJ
Resumo pronunciamento	Informações resumidas do que constou do pronunciamento, independentemente de serem relevantes para a pergunta do artigo ou não	Própria
Traz informações sobre disparidade de datas de afetação?	Sim - traz informações sobre disparidade de datas ou que contribuem para entender; Não - não traz informações sobre disparidade de datas ou que contribuem para entender	Própria
Resumo das informações	Resumo das informações sobre disparidade das datas de afetação, quando a resposta à categoria anterior tiver sido "Sim"	Própria
Trechos importantes	Trechos importantes do pronunciamento que evidenciam a possível disparidade, quando houver informações sobre isso	Própria
Informações adicionais	Informações adicionais que podem ser relevantes para compreensão do pronunciamento e seu contexto, mas que não se enquadram nas categorias anteriores	Própria

Fonte: elaboração própria.

A partir da elaboração da base de dados com as categorias indicadas pela Tabela 3, realizou-se as análises dos dados produzidos em correlação com as previsões normativas relativas a procedimentos de recursos especiais repetitivos previstas no CPC/1973 e no CPC/2015 e também das normas internas ao STJ relativas ao tema (Resolução 08 de 2008 do STJ e o Regimento Interno do STJ, alterado pela Emenda Regimental n. 24 de 2016). A leitura dos documentos legais e regimentais teve como objetivo avaliar se as alterações legislativas e regulamentares posteriores ao CPC de 2015 endereçaram os problemas que causaram a disparidade de datas de afetação ou encontrar questões não regulamentadas por essas normas que podem ter motivado essas disparidades de datas.

Tema 118 – A necessidade de comprovação do recolhimento do tributo em Mandado de Segurança sobre compensação tributária

O Tema 118 tem como questão jurídica a necessidade de o contribuinte, quando interpõe mandado de segurança a respeito de compensação de créditos tributários, apresentar documento que comprove o efetivo recolhimento de tributos a maior ou indevidamente. O Tema foi afetado para julgamento em 13/03/2009 (A – REsp 1.111.164/BA) e julgado em 13/05/2009. Posteriormente, foi novamente afetado para julgamento em 18/05/2018 (B – REsp 1.365.095/SP, C – REsp 1.715.294/SP, D – REsp 1.715.256/SP). A diferença entre as datas de afetação dos recursos é de aproximadamente 9 anos e 2 meses.

Questões sobre a tese fixada: ausência de fixação expressa, ausência de referência à situação fática e forma de aplicação pelos tribunais superiores

O julgamento do Recurso 1.111.164/BA aconteceu em 13/05/2009. O acórdão desse primeiro julgamento (pronunciamento nº 2) deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional para reconhecer a necessidade de o contribuinte apresentar prova pré-constituída do recolhimento indevido do tributo, diante do fato de que a pretensão formulada pelo impetrante envolvia a efetiva realização da compensação tributária. No decorrer do voto do relator Min. Teori Albino Zavascki, foram identificadas duas situações diferentes que traziam consequências distintas para a necessidade de prova pré-constituída no mandado de segurança.

A primeira situação seria aquela em que o impetrante pretende ver reconhecido o seu direito à compensação, mas sem a necessidade de análise de elementos concretos. Nessa situação, não seria necessária a prova pré-constituída do recolhimento indevido ou a maior do tributo, uma vez que a efetiva compensação se daria administrativamente, em fase posterior ao julgamento do mandado de segurança. Já a segunda situação dizia respeito aos mandados de segurança que tinham como objeto um juízo sobre elementos específicos da compensação ou requeria medidas executivas relacionadas à compensação. Nesse caso, para a comprovação do direito líquido e certo, seria necessária a comprovação documental do recolhimento indevido do tributo, uma vez que o pedido se relacionava à efetivação da compensação.

É importante ressaltar que esse acórdão, embora estivesse sob afetação para julgamento como repetitivo, não apresenta a fixação expressa de uma tese, diferentemente dos outros acórdãos dos outros recursos analisados nesse artigo. À época, o art. 543-C do CPC vigente e a Resolução 08 de 2008 do STJ não falavam expressamente acerca da necessidade de fixação expressa de tese nos acórdãos que julgavam REsp Repetitivos.

Mais de nove anos depois do julgamento do Recurso 1.111.164/BA, houve afetação dos Recursos REsp 1.365.095/SP, REsp 1.715.294/SP, REsp 1.715.256/SP. Os despachos do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes nesses recursos (pronunciamento n. 4, p.2-3; pronunciamento 7, p. 3; e pronunciamento 11, p. 2-3) explicitam a necessidade de nova afetação do mesmo Tema ao narrar que o Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região teria qualificado o recurso como representativo de controvérsia pela existência de modos diversos de interpretação da tese fixada no julgamento do Tema

118, levando à seguinte conclusão²⁰:

Com o presente recurso indicado como representativo da controvérsia, pode-se observar que a situação atual é de dúvida perante a instância de origem, justificando o processamento regular deste recurso, seja para o STJ reafirmar o entendimento e a sua aplicabilidade a casos correlatos seja para esclarecer se a diferença fática ou jurídica poderá ensejar outro posicionamento desta Corte também sob o rito dos recursos repetitivos.

Da leitura desses despachos, conclui-se que a motivação da nova afetação do Tema 118, nove anos após seu julgamento, seria a existência de dúvida, em instâncias inferiores, quanto a correta interpretação da tese jurídica firmada.

Embora no acórdão do julgamento realizado em 2009 não tenha expressamente constado a tese fixada no julgamento, outros pronunciamentos fizeram referência ao que seria a tese do julgamento anterior, como é o caso da do acórdão de afetação do REsp 1.365.095/SP (pronunciamento nº 5)²¹:

Com o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a sua Vice-Presidência consignou que a segunda instância tem apresentado decisões divergentes acerca do paradigma fixado no Tema no. 118, segundo a qual, *é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança*.

Os acórdãos de afetação dos três recursos afetados em 2018 (pronunciamentos nº 5, 8 e 12) trazem discussões quanto a pertinência da nova afetação, tendo em vista que o Min. Sergio Kukina votou contra a afetação por entender que o julgamento realizado em 2009 tinha sido suficientemente claro para resolver a controvérsia jurídica²²:

Como se vê, a tese firmada foi clara no sentido de que (I) "Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária"; e (II) "será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar." (itens 1 e 2 da ementa do acórdão relatado pelo Min. Teori).

O ministro dissidente, portanto, entendeu que o julgamento anterior trazia informações suficientes quanto ao posicionamento da corte para a controvérsia jurídica em questão, fazendo referência direta à ementa do acórdão de 2009 e não apenas à tese. A tese é mais geral que a ementa e não distingue situações em que o mandado de segurança é impetrado com o objetivo de ter o direito à compensação reconhecido daqueles em que a impetração almeja uma tutela relacionada à compensação de forma concreta.

Por maioria, os recursos foram afetados a julgamento, tendo a controvérsia de direito sido fixada como a "delimitação da tese fixada no Tema repetitivo 118/STJ". A ideia de que o novo julgamento seria um detalhamento da tese anterior se repete também na fixação da nova tese (pronunciamentos 6, 9 e 13), que é chamada pelo ministro relator de "apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no

²⁰ Despacho, Min. Paulo De Tarso Sanseverino, REsp 1.365.095 – SP, data de publicação: 20/03/2018, grifos nossos.

²¹ Acórdão de afetação, Voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.365.095** – SP, data de publicação: 18/05/2018, p.5, grifos do original.

²² Acórdão de afetação, Voto do Min. Sergio Kukina, **REsp 1.365.095** – SP, data de publicação: 18/05/2018, p. 5.

juízo REsp 1.111.164/BA” (p. 4 e p.13 do pronunciamento 6, p. 18 do pronunciamento 9 e p. 4 e p.12 do pronunciamento 13), em referência ao Min. Teori Zavaski, relator do acórdão original. Além disso, nesses acórdãos, há expresso reconhecimento de que a dúvida que suscitou a nova afetação já tinha sido decidida no voto do relator do acórdão original, com a distinção das situações em que seria necessária a prova pré-constituída para a impetração do mandado de segurança e as situações em que tal prova não seria necessária²³.

Os pronunciamentos associados ao Tema 118 indicam que a dúvida de interpretação da tese fixada no acórdão de 2009, que suscitou a nova afetação de recursos sobre o mesmo assunto, está relacionada a delimitação da tese. Embora o acórdão tivesse abordado diferentes situações de impetração de mandados de segurança e suas consequências para os documentos que deveriam acompanhar a impetração, não houve, no acórdão, fixação de tese expressa e a tese que é referenciada pelos outros recursos não apresenta todas as nuances debatidas no primeiro julgamento do Tema 118.

Quanto à fixação expressa de uma tese no próprio julgamento do recurso afetado para repetitivos, a alteração do Regimento Interno do STJ pela Emenda Regimental 24 de 2016 parece ter endereçado o problema, ao prever, no art. 256-Q²⁴, a necessidade de delimitação objetiva de uma tese pelo relator. O inciso III do art. 104-A²⁵ do Regimento prevê a obrigatoriedade de o acórdão de julgamento de recursos repetitivos conter, de forma destacada, a tese jurídica fixada. Redações semelhantes não existiam no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, nem na Resolução 08 de 2008 do STJ, que regulamentava o procedimento no âmbito do STJ.

Além disso, os pronunciamentos do Tema 118 indicam também a necessidade de uma clareza e detalhamento da tese, em relação às questões discutidas no acórdão. A tese referenciada como a originalmente fixada - “*é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*” - não contemplava todas as situações discutidas no acórdão nem especificava em que situações fáticas a tese deveria ser aplicada, o que pode ter sido a causa do surgimento das dúvidas quanto à sua aplicação.

Há quem defenda que, diante do objetivo de gerenciamento de conflitos de massa, as teses fixadas sejam apenas uma forma de facilitação do uso do precedente²⁶, correspondendo apenas a uma das hipóteses de incidência da *ratio decidendi* do precedente²⁷. Nesse sentido, a tese não deveria tornar-se abstrata a ponto de ser aplicada a casos com situações fáticas distintas da questão jurídica decidida²⁸. Para casos com

²³ Acórdão, Voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.365.095** – SP, data de publicação: 11/03/2019, p.15; Acórdão, Voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.715.294** – SP, data de publicação: 16/10/2019, p.11-12; Acórdão, Voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.715.256** – SP– SP, data de publicação: 11/03/2019, p.14-15.

²⁴ Regimento Interno STJ, Art. 256-Q. No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador.

²⁵ Regimento Interno STJ, Art. 104-A - Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter: III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

²⁶ ALVIM, Tereza Arruda; BARIONI, Rodrigo. **Recursos Repetitivos**: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*, vol. 296, 2019, p.183-204, out. 2019, versão digital, p. 8.

²⁷ ALVIM, Tereza Arruda; BARIONI, Rodrigo. **Recursos Repetitivos**: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*, vol. 296, 2019, p.183-204, out. 2019, versão digital, p. 11.

²⁸ ALVIM, Tereza Arruda; BARIONI, Rodrigo. **Recursos Repetitivos**: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*, vol. 296, 2019, p.183-204, out. 2019, versão digital, p. 8.

situações fáticas distintas, o precedente poderia ser aplicado, pela interpretação do precedente e extração de sua *ratio decidendi*.

Partindo desse ponto de vista, a tese firmada no julgamento do REsp 1.111.164/BA poderia tratar apenas de uma das situações fáticas discutidas no acórdão – aquela em que o impetrante do Mandado de Segurança busca a efetiva concretização da compensação tributária e precisa comprovar o recolhimento do tributo -, por ser essa a situação fática presente no recurso concretamente julgado. Contudo, também seria possível afirmar que a tese fixada não apresenta uma especificação da situação fática aplicável, uma vez que fala genericamente de compensação tributária em Mandado de Segurança. A ausência de menção à situação fática do recurso na redação da tese poderia ter motivado o surgimento de dúvida no tribunal de origem²⁹.

Há também uma outra discussão levantada pela análise dos pronunciamentos do Tema 118, em especial os acórdãos de afetação dos REsp 1.365.095/SP, REsp 1.715.294/SP e REsp 1.715.256/SP. Como constou no voto do Min. Sergio Kukina, o acórdão de 2009 distinguia duas situações diferentes de impetração de mandado de segurança e suas diferentes consequências e, mesmo assim, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região indicou os recursos como representativos de controvérsia sob a justificativa de que haveria dúvida quanto à aplicação do entendimento do STJ.

O Tema 118 também se relaciona com a forma como o entendimento fixado em Recursos Repetitivos é aplicado pelas instâncias inferiores, sendo caracterizado como um enunciado normativo autônomo, uma vez que, com o propósito de gerenciar processos, a tese é fixada de forma abstrata e simplificada, permitindo que sua aplicação se dê sem que seja necessário recorrer aos fundamentos do acórdão paradigma³⁰. No caso do Tema 118, contudo, percebe-se que a simplificação e abstração da tese jurídica trouxe o efeito inverso por ter criado dúvidas na interpretação, que poderiam ser solucionadas caso, no momento do julgamento de casos semelhantes pelas instâncias inferiores, se recorressem aos fundamentos jurídicos do acórdão e não apenas à tese fixada – que abrangia apenas parte das situações discutidas no acórdão.

Portanto, a leitura dos pronunciamentos judiciais do Tema 118 nos permite concluir que a diferença entre as datas de afetação do REsp 1.111.164/BA em relação aos demais que compõe o Tema 118 tem relação com o surgimento de dúvidas na aplicação da tese pelo tribunal inferior. A causa que gerou a dúvida de aplicação não é explicitada nos pronunciamentos, mas é possível levantar as hipóteses de que (i) a ausência de fixação expressa da tese no acórdão; (ii) a falta de especificação da situação fática a que se aplicaria a tese e (iii) a aplicação da tese de forma abstrata e desvinculada dos fundamentos do acórdão paradigma são fatores que podem ter contribuído para o surgimento da dúvida na aplicação do Tema 118 após o julgamento do REsp 1.111.164/BA.

²⁹ A respeito disso, cumpre mencionar que há discussão a respeito da impossibilidade de distinção completa entre o fato e o direito em termos ontológicos, devido ao fato de que o direito é aplicado apenas em relação a um fato concreto (ARRUDA ALVIM, 1998, p. 1-2, versão digital)

³⁰ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.146-147.

Tema 313 – A base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

O Tema 313 tem como objeto a possibilidade de exclusão da base de cálculo da contribuição para Programa de Integral Social (PIS) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) dos valores transferidos a outra pessoa jurídica e a legalidade de inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições. Há apenas um REsp julgado nesse tema, o REsp 1.144.469/PR (Recurso E), mas ele teve duas datas de afetação: 11/11/2009 e 03/05/2016. A diferença entre essas datas de afetação é de aproximadamente 6 anos e 6 meses.

Os critérios de seleção do caso e a delimitação da questão jurídica

O Tema 313 se distingue dos outros dois analisados nesse artigo, diante do fato de que as duas datas de afetação diferentes estão relacionadas a um recurso, o único afetado a julgamento para esse tema e numerado como REsp 1.144.469/PR. O pronunciamento 16³¹ é fundamental para entender a razão disso. Nessa decisão, fica explicitado que houve recurso especial das duas partes envolvidas no litígio (Fazenda Nacional e Hubner Componentes E Sistemas Automotivos Ltda.). Entretanto, apenas o recurso da Fazenda Nacional teve seu conhecimento reconhecido pelo tribunal de origem, enquanto o recurso da empresa contribuinte foi inicialmente denegado, tendo a admissibilidade reconhecida apenas depois do provimento de Agravo em REsp.

Em 2009, quando o recurso da Fazenda Nacional foi submetido a julgamento pelo então procedimento do art. 543-C do CPC, fixou-se como a questão jurídica submetida a julgamento³²: “possibilidade de exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins, dos valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, nos termos do art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98”. Contudo, o recurso da contribuinte, posteriormente admitido, versava sobre uma questão jurídica mais abrangente do que a existente no recurso da Fazenda Nacional³³:

O eminente Ministro LUIZ FUX submeteu o Recurso Especial da Fazenda Pública como representativo de controvérsia e, posteriormente, determinou a subida do Recurso Especial do contribuinte, sem, contudo, observar que a tese da empresa além de sustentar o que já se encontra submetido ao 543-C do CPC, também engloba questão mais ampla que discute a própria legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por esse motivo, foi determinada a expansão da questão que havia sido anteriormente submetida a julgamento para incluir também a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e do COFINS, o que gerou uma nova decisão de afetação, datada de 03/05/2016.

Nesse sentido, é possível concluir que as causas da diferença entre as duas datas de afetação do recurso seriam a seleção de um recurso para julgamento que não abrangia a questão de direito em seu todo e o decurso do prazo necessário para o julgamento do Agravo em REsp responsável pelo conhecimento do Recurso da empresa contribuinte.

³¹ Decisão, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.144.469** – PR, data de publicação: 03/05/2016

³² Decisão, Min. Luiz Fux, **REsp 1.144.469** – PR, data de publicação: 11/11/2009, p. 1

³³ Decisão, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **REsp 1.144.469** – PR, data de publicação: 03/05/2016, p. 2, grifos nossos.

O Tema 313, portanto, levanta reflexões acerca da seleção do caso para julgamento e delimitação da questão jurídica a ser julgada. Em relação à seleção do caso para julgamento, o CPC 2015 traz mais especificidades, em comparação à redação dos antigos §1º e 2º do art. 543-C do CPC 1973³⁴. A redação atual³⁵ prevê não só a seleção pelo presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional federal de origem, mas também a possibilidade de alteração da seleção pelo relator no STJ e a possibilidade de o próprio ministro selecionar, quando o tribunal de origem não tiver feito a seleção.

Em relação aos critérios de seleção o §6º do art. 1.036 do atual CPC estabelece que § 6º “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, redação semelhante à dada pela Emenda 24 de 2016 ao Regimento Interno do STJ:

art. 256, §1º Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente:

I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial;

II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso;

III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto. (grifos nossos)

Os atuais critérios de seleção são semelhantes à previsão do art. 1º, §1º da Resolução 08 de 2008 do STJ, que era vigente à época da primeira afetação do Tema 313: “§ 1º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”. À época, esse critério era entendido como insuficiente, uma vez que olhava apenas para a diversidade do argumento do recurso e não para a sua qualidade e sua capacidade de levar à reforma do acórdão³⁶. Quanto à importância da seleção do caso submetido a

³⁴ CPC 1973, Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

³⁵ CPC, Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. § 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem. § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

³⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de; AMADEO, Rodolfo Da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira Teixeira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. *Economia, Direito e Política. Revista de Processo*, v. 220, 2013, p.27.

juízo, Marinoni³⁷ afirma que se deve buscar a essência da discussão, visto que a Corte vai decidir uma questão que está pendente em vários outros recursos.

No caso do Tema 313, a previsão da resolução 08 de 2008, vigente à época da afetação, não foi capaz de impedir que houvesse um problema na escolha do recurso, uma vez que foi escolhido um recurso que tratava apenas da exclusão de valores repassados a terceiros no cálculo da base de cálculo do PIS e COFINS e não a questão da legalidade de inclusão do valor de ICMS na base de cálculo do PIS e do COFINS.

Outra questão trazida pelo Tema 313 seria a delimitação da questão a ser submetida a julgamento, tendo em vista que houve a necessidade de expandir a questão originalmente fixada. O CPC 1973 e a Resolução 08 de 2008 do STJ não faziam qualquer referência à delimitação da questão jurídica, situação que foi alterada com a vigência do CPC 2015 e da Emenda Regimental nº 24 de 2016, que preveem, respectivamente: “Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;” e “art. 256, § 2º O Tribunal de origem, no juízo de admissibilidade: I - delimitará a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito do recurso especial repetitivo, com a indicação dos respectivos códigos de assuntos da Tabela Processual Unificada do Conselho Nacional de Justiça;”.

As novas redações, contudo, não impedem a delimitação insuficiente das questões jurídicas a serem decididas nos julgamentos de casos repetitivos, já que não trazem parâmetros sobre como a questão deve ser delimitada ou o que seria considerada uma delimitação “com precisão”.

Por fim, é importante comentar que a mesma questão jurídica foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na sistemática da repercussão geral, sob o tema 69 (RE 574706 / PR). Em 15/03/2017, foi julgado o Recurso Extraordinário, tendo o STF determinado que o valor de ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS e do COFINS³⁸. Em 15/03/2021, foram julgados embargos de declaração opostos pela Fazenda Pública, tendo sido acolhidos em parte para modular os efeitos da decisão anterior, incidindo os efeitos apenas a partir do julgamento em 15/03/2017, ressalvando o direito daqueles que ajuizaram ações judiciais até a data de julgamento³⁹.

Nesse sentido, é importante destacar a contrariedade da tese firmada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 313 em relação à tese fixada pelo STF no Tema 69 de Repercussão Geral, tendo em vista que o STJ, no julgamento publicado em 02/12/2016, entendeu que:

O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, v. 249, p. 399-419, nov/2015. p. 9.

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, BRASIL, **Recurso Extraordinário 574706 / PR**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 14 mar. 2022.

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, BRASIL, **Recurso Extraordinário 574706 / PR**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 14 mar. 2022.

Com isso, cabe refletir sobre a racionalidade do sistema de precedentes vinculantes, que, devido à sobreposição das instâncias constitucional e infraconstitucional, levou à inefetividade da decisão do STJ, pelo fato de ter esta sido contrariada pela decisão do STF, alguns meses depois de ter sido tomada. Considerando que os institutos de precedentes vinculantes visam trazer maior economia processual para o sistema, situações como a referida podem trazer questionamentos quanto à efetivação desse objetivo de economia processual.

Portanto, a análise dos pronunciamentos judiciais associados ao Tema 313 reiteram a importância da seleção do recurso para julgamento em sede de REsp Repetitivos, bem como a importância de uma delimitação da questão jurídica a ser decidida de maneira adequada ao problema jurídico existente no caso a ser julgado. O transcurso de mais de 6 anos entre a primeira data de afetação, a extensão da questão jurídica e o julgamento dos recursos da Fazenda Pública e da contribuinte demonstram que problemas na seleção do recurso e na delimitação da questão podem impactar o andamento do procedimento dos REsp Repetitivos, principalmente no que concerne ao lapso temporal entre a afetação e o julgamento. Além disso, levanta-se a discussão a respeito da sobreposição da instância constitucional e da infraconstitucional, considerando que no Tema 69 do Supremo Tribunal Federal houve julgamento da mesma questão jurídica, mas com posicionamento diferente daquele tomado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 313.

Tema 938 – A validade da transferência ao consumidor da obrigação de pagar comissão de corretagem e serviço de assessoria técnico-imobiliária

O Tema 938 trata da validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), bem como do prazo prescricional para restituição dos valores pagos indevidamente. Nesse tema, houve a afetação de um Recurso Especial Repetitivo em 08/09/2015 (Recurso F – REsp 1.551.956/SP) e posterior afetação de três recursos (Recurso G – REsp 1.599.510/SP, Recurso H – 1.599.511/SP, Recurso I – REsp 1.599.618/SC) em 16/05/2016 e um recurso (Recurso J – REsp 1.602.800/DF) em 31/05/2016. A diferença entre as datas de afetação é de 8 meses aproximadamente, a menor diferença entre os três Temas analisados. Além disso, em 26/05/2021, o Tema foi novamente afetado para julgamento, com uma proposta de revisão de entendimento (Pet 14369/DF).

A quantidade de recursos afetados e a quantidade de recursos efetivamente julgados

O primeiro recurso afetado para julgamento do Tema 938 foi o REsp 1.551.956/SP em 08/09/2015. Na decisão de afetação (pronunciamento nº 18, p.2) ficou determinado que as questões jurídicas a serem decididas seriam⁴⁰:

- “(i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor;
- (ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem

⁴⁰ Decisão Monocrática, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 1.551.956 - SP, data de publicação: 08/05/2015, p. 2.

e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).”

Algo que se destaca na tramitação do REsp 1.551.956/SP é a existência de uma grande quantidade de pronunciamentos relativos à participação de terceiros interessados, seja deferindo ou indeferindo o ingresso de interessados como *amici curiae*. Dos vinte e oito pronunciamentos desse Recurso, dezoito relacionam-se que a intervenção de *amici curiae*.

O pronunciamento nº 36 de 15/04/2016, também do REsp 1.551.956/SP, é importante para a compreensão da existência de múltiplos recursos afetados, com datas de afetação diversas, porque nesse despacho foi solicitado que outros tribunais de apelação enviassem recursos especiais com o mesmo objeto da questão afetada e com um lapso temporal entre o pagamento das taxas cuja validade se discutia e o pedido de reembolso fosse menor que três anos (prazo prescricional da restituição em casos de enriquecimento sem causa). Também foi possibilitado às partes que tinham seus recursos suspensos indicarem se o recurso se enquadrava nessa situação. Com esse pronunciamento, foi oportunizada a afetação de outros REsp sobre a questão discutida.

Cerca de um mês depois, o pronunciamento nº 42 de 25/05/2016 revogou o pronunciamento nº 36 ao considerar que já tinham ascendido ao STJ recursos em número suficiente ao julgamento do tema, sem, contudo, especificar o que foi considerado como “número suficiente”.

Em 06/09/2016, foi proferido acórdão de julgamento do REsp 1.551.956/SP (pronunciamento nº 45) em que se fixou a tese “Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC)” (p. 37 e 38). O recurso da empresa GAFISA S/A foi provido, pois foi reconhecida a prescrição da restituição dos valores pagos por comissão de corretagem e SATI. A segunda questão jurídica submetida à julgamento, sobre a validade da cláusula que transfere ao consumidor o dever de pagar comissão de corretagem e SATI foi considerada prejudicada, pelo decurso do prazo prescricional da restituição.

Quanto à segunda questão jurídica, sobre a validade das cláusulas contratuais que transferem ao consumidor o pagamento de comissão de corretagem e SATI, também foi publicado em 06/09/2016, o acórdão de julgamento do REsp 1.599.511/SP (pronunciamento nº 53). Nesse julgamento, foi dado parcial provimento ao recurso da empresa PERFIL SANTANA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA para determinar a restituição do valor pago pela consumidora a título de SATI, mas não o valor pago de comissão de corretagem, que foi considerado como válido desde que a cobrança fosse devidamente informada ao consumidor no momento da contratação. Foram fixadas as teses⁴¹ (p. 29):

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

⁴¹ Acórdão, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, **REsp nº 1.599.511** – SP, data de publicação: 06/09/2016, p. 1.

O Tema 938 ressalta a importância da afetação de mais de um recurso, diante do fato de que uma circunstância do caso concreto (o decurso do prazo prescricional) impediu a decisão acerca da parte da questão jurídica que havia sido afetada. Nesse sentido, ter outro recurso afetado, em que o lapso prescricional não tinha transcorrido, permitiu que se solucionasse também a questão sobre a validade ou abusividade das cláusulas contratuais.

Entretanto, o que se vê no Tema 938 foi a afetação de cinco Recursos Especiais, mas o julgamento de apenas dois deles. Os Recursos REsp 1.599.510/SP, REsp 1.599.618/SC e REsp 1.602.800/DF não foram julgados. Em 03/02/2017, foi publicada decisão de desafetação dos três recursos (respectivamente, pronunciamentos nº 48, nº 56 e nº 59). A justificativa para desafetação foi que a corte teria consolidado entendimento com o julgamento dos recursos REsp 1.551.951/SP e do REsp 1.551.951/SP, respectivamente referentes aos temas 939 e 938 dos Recursos Repetitivos. O Tema 939 tem relação com o Tema 938, por discutir a legitimidade passiva da incorporadora de imóveis para responder pela restituição da comissão de corretagem e SATI, fundamentada na abusividade das cláusulas que preveem o pagamento desses valores pelo consumidor.

Na análise dos pronunciamentos selecionados para esse artigo, não foi possível encontrar uma justificativa do motivo de esses três recursos não terem sido julgados, muito embora estivessem afetados justamente para solução de um dos temas referidos na decisão de desafetação. Tampouco é possível aferir a motivação de terem sido os REsp 1.551.956/SP e REsp 1.599.511/SP escolhidos para julgamento, enquanto os outros três não foram julgados e tiveram suas afetações canceladas cinco meses depois do julgamento e fixação das teses.

Por fim, é importante ressaltar que o Tema 938 foi novamente afetado para julgamento em 26/05/2021, pela Pet 14369/DF, que propõe a revisão do entendimento novamente firmado. Como essa petição não tem decisões vinculadas a ela, não foi possível compreender o motivo do pedido de revisão de entendimento e se o julgamento dos três recursos que foram desafetados poderia ter evitado essa revisão de entendimento.

Portanto, embora o Tema 938 seja o que tem o menor intervalo entre as datas de afetação dentre os três temas analisados nesse artigo, ele traz importantes reflexões sobre a quantidade de recursos que são afetados para julgamento e a quantidade de recursos que são efetivamente julgados para a fixação da tese, na medida em que foram afetados cinco recursos, depois de o STJ oportunizar ao tribunal de origem e aos demais recorrentes indicarem recursos para julgamento, mas desses cinco apenas dois foram realmente julgados.

Considerações finais

A análise dos três temas selecionados nos permite refletir sobre o desenho procedimental do julgamento dos Recursos Repetitivos, seja na previsão original do art. 543-C do CPC 73, seja no procedimento vigente do CPC 2015, com reflexos no Regimento Interno do STJ. Nesse sentido, os aspectos procedimentais da técnica e a forma como essas regras são aplicadas têm impacto relevante para o tempo de processamento e julgamento dos recursos afetados. Isso pode também, ter impactos para a efetivação da finalidade dessas técnicas, que visam a economia processual e a segurança jurídica.

Com a análise dos Temas 118, 313 e 938 dos Recursos Especiais Repetitivos, foi possível levantar questionamentos a respeito da necessidade de fixação expressa da tese na redação do acórdão, questão essa inclusive já prevista na redação do Código de Processo Civil de 2015. Além disso, foi possível refletir também sobre a necessidade de uma redação clara e detalhada de tese jurídica fixada, de forma a garantir que seja especificada a situação fática a qual a tese se aplica.

Outro questionamento que pode ser levantado a partir da análise das decisões desses três temas diz respeito à forma como os tribunais inferiores aplicam os precedentes vinculantes dos tribunais superiores, visto que a aplicação autônoma da tese, sem análise dos fundamentos do julgado que a originou, pode causar dúvidas sobre os casos em que aquele posicionamento da corte deve ser aplicado.

Ademais, buscou-se refletir também sobre a necessidade de a legislação processual e os regramentos regimentais dos tribunais especificarem de forma mais precisa os critérios de seleção dos casos para julgamento e a forma de fixação da questão jurídica que será debatida, tendo em vista que uma regulamentação imprecisa sobre essas questões pode causar problemas no andamento do julgamento e demandar mais tempo do que o seria originalmente necessário para a finalização do julgamento.

Outra questão que causa reflexões é a sobreposição de instâncias entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, uma vez que uma mesma questão jurídica pode ser analisada pela ótica constitucional e pela ótica infraconstitucional. Considerando o sistema de precedentes vinculantes, que visa trazer segurança jurídica, economia processual e celeridade, a sobreposição entre os dois tribunais superiores pode causar um rejuízo de uma mesma questão, além de causar insegurança jurídica por possíveis decisões conflitantes, como foi o exemplo do Tema 313 do STJ julgado também como Tema 69 no STF.

Por fim, também foi possível refletir sobre a quantidade de casos afetados para julgamento. Embora nem sempre afetar apenas um recurso para julgamento seja suficiente, considerando que questões processuais ou específicas do caso concreto podem impedir a análise completa da questão jurídica, não é necessário que muitos casos sejam afetados a julgamento, como foi visto no Tema 938, em que de 5 recursos afetados apenas 2 foram efetivamente julgados.

Nesse sentido, é possível concluir que há aspectos procedimentais na tramitação dos Recursos Especiais Repetitivos que podem causar problemas para a efetividade do instituto, na medida em que podem causar uma demora na tramitação e julgamento dos casos. Nesse sentido, os objetivos de celeridade, economia processual e segurança jurídica podem ser ameaçados, diante desses entraves procedimentais.

Voltar-se para a utilização prática da técnica de julgamento de Recursos Repetitivos, analisando os pronunciamentos judiciais proferidos, pode ser uma importante fonte de dados a respeito desses julgamentos e da efetividade da técnica dos Recursos Repetitivos. Os aspectos procedimentais dos Recursos Especiais Repetitivos e suas consequências para a efetividade dessa técnica de julgamento é uma agenda em aberto. Além disso, a motivação da recente reafetação do Tema 938 e sua possível relação com aspectos procedimentais do instituto também podem ser exploradas em futuros trabalhos.

Referências

- ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário. In: SHAPIRO, Mario G, TRUBEK, David M. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**, Coleção: Direito, desenvolvimento e justiça, Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36-386.
- ALVIM, Tereza Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. **Revista de Processo**, v. 296, p.183-204, out. 2019, versão digital (paginação de 1 a 16).
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 02 fev. 2021.
- BRASIL. **Lei 11.672 de 08 de maio de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11672.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.672%2C%20DE%208%20DE%20MAIO%20DE%202008.&text=Acrease%20o%20art.,do%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a. Acesso em: 28 abr. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, BRASIL, **Recurso Extraordinário 574706 / PR**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550> Acesso em: 28 abr. 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, v. 249, nov/2015, p. 399-419, versão digital (paginação de 1 a 14).
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de; AMADEO, Rodolfo Da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira Teixeira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. **Revista de Processo**, v. 220, p.14-31, 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resolução 8 de 2008**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf . Acesso em: 02 ago. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno, Brasília, 2021**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839> . Acesso em 04 abr. 2022.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, v. 23, n. 92, out./dez., 1998, p. 52–70.