

O PAPEL DO STJ NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

THE ROLE OF STJ IN THE FORMATION OF PRECEDENTS IN TAX MATTERS

Aline Bacelar Teixeira Santos*
Renato Lopes Becho**

RESUMO

O artigo aborda o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no julgamento de temas tributários. Demonstra a aproximação do direito brasileiro com o sistema jurídico do *common law*, em um ambiente em que o Poder Judiciário passa a ser fonte positiva do direito e há uma grande valorização do precedente judicial. O método adotado é o analítico-dedutivo, a partir de leitura doutrinária e jurisprudencial. O estudo parte de reflexão a respeito da evolução legislativa quanto aos mecanismos processuais para o enfrentamento da multiplicidade de processos submetidos às Cortes Superiores na via recursal. Analisa a diversidade de entendimento adotada pelo STF e o STJ no julgamento de temas tributários idênticos. Aponta algumas soluções para se alcançar segurança jurídica no julgamento de controvérsias tributárias, com vistas a concretizar o papel constitucional atribuído ao STJ. Encerra propondo medidas para o aprimoramento do sistema judicial, tais como: a efetiva uniformização da jurisprudência pelas Cortes de justiça brasileiras, a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, e a utilização da relevância da questão federal para fins de cabimento do recurso especial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Tributário. Direito Processual Tributário. Julgamento por amostragem. Precedentes qualificados.

ABSTRACT

The article addresses the role of the Superior Court of Justice (STJ) in the system of precedents provided by the Civil Procedure Code of 2015, focusing on the judgment of tax issues. It demonstrates the approximation of Brazilian law to the common law legal system, in an environment in which the Judiciary becomes a positive source of law and judicial precedent is greatly valued. The method adopted is the analytical-deductive one, based on doctrinal and jurisprudential reading. The study starts from a reflection on the legislative evolution regarding the procedural mechanisms to face the multiplicity of cases submitted to the Superior Courts on appeal. It analyzes the diversity of understanding adopted by the STF and the STJ when judging identical tax issues. It points out some solutions to achieve legal security in the judgment of tax

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2005); pós graduação pela Unisul em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos (2009); e especialização em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2015/2016). <https://orcid.org/0000-0002-5512-8226>. E-mail: aline.bacelar@gmail.com.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (1997), doutorado em Direito pela PUC/SP (2000) e Livre-docência em Direito pela Universidade de São Paulo/SP - USP (2008). Atualmente é professor assistente doutor da PUC/SP e juiz federal - Justiça Federal. <https://orcid.org/0000-0002-1025-1204>. E-mail: renatobecho@uol.com.br.

controversies, in order to fulfill the constitutional role assigned to the STJ. It concludes by proposing measures to improve the judicial system, such as: the effective standardization of case law by the Brazilian Courts of Justice, the attribution of prospective effects to decisions that revoke a previous case law understanding, and the use of the relevance of the federal issue for the purposes of appropriateness of the special appeal.

Key-words: Constitutional Law. Tax Law. Tax Procedural Law. Judgement sampling. Qualified Precedents.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a expor e discutir o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo de construção de precedentes, previsto no Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no julgamento de temas tributários.

O estudo demanda a análise da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, da jurisprudência das cortes superiores, assim como a verificação das dificuldades ainda existentes para se alcançar uma jurisprudência mais coerente e estável.

O método adotado é o analítico-dedutivo, a partir de leitura doutrinária e jurisprudencial. O estudo parte de reflexão a respeito da evolução legislativa quanto aos mecanismos processuais para o enfrentamento da multiplicidade de processos submetidos às Cortes Superiores na via recursal. Analisa a diversidade de entendimento adotada pelo STF e o STJ no julgamento de temas tributários idênticos. Aponta algumas soluções para se alcançar segurança jurídica no julgamento de controvérsias tributárias, com vistas a concretizar o papel constitucional atribuído ao STJ. Encerra propondo medidas para o aprimoramento do sistema judicial, tais como: a efetiva uniformização da jurisprudência pelas Cortes de justiça brasileiras, a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, e a utilização da relevância da questão federal para fins de cabimento do recurso especial.

Assim, serão indicadas algumas leis já implementadas, como o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ, com a finalidade de instituir o sistema de precedentes e racionalizar o trabalho nestes tribunais.

O estudo decorre também da constatação de que, mesmo com a estrita distribuição de competências pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo a jurisdição constitucional ao STF e infraconstitucional ao STJ, ainda tem ocorrido com bastante frequência o julgamento da mesma questão controvertida por ambos tribunais superiores.

E, não bastasse o enfrentamento de idêntica matéria tributária pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, a solução conferida a alguns desses casos tem sido distinta, gerando uma indesejável insegurança jurídica.

Nesse contexto, após serem apontadas as principais dificuldades nessa seara, procurar-se-á indicar algumas providências na tentativa de aprimorar o sistema de precedentes, inclusive com a identificação da função constitucional do STJ nesse modelo.

O rito dos recursos repetitivos no STF e no STJ

As pessoas buscam, com certa frequência, a resolução de conflitos pela via judicial, e isso pode ser justificado, em parte, pela complexidade das relações sociais e pelos novos conflitos daí advindos. Ademais, especialmente no Brasil, existe uma cultura de intensa litigância, reforçada pela facilidade de acesso à justiça, possibilidade de isenção de custas judiciais pelo particular e pelo Poder Público, bem como viabilidade de se usar o Poder Judiciário como instrumento de postergação para o cumprimento de obrigações¹.

A consequência disso é a existência de grande número de processos judiciais em tramitação, seja nas instâncias ordinárias, seja nas instâncias extraordinárias, o que resulta na demora da entrega da prestação jurisdicional.

Por essa razão, alguns esforços têm sido feitos nos últimos anos para tentar dirimir esse problema. Além de prever mecanismos alternativos de solução de conflitos, o legislador tem optado por privilegiar o valor tempestividade na resolução de demandas judiciais.

Com efeito, após a Emenda Constitucional 45, também denominada de Reforma do Judiciário, restou clara a escolha do Poder Legislativo pela eficiência do processo, o que se constata pela inserção no texto constitucional do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). No entanto, importante esclarecer que a adequada interpretação dos textos legais que visaram conferir maior celeridade ao julgamento dos processos somente pode ser feita à luz dos princípios contidos no texto constitucional.

Neste trabalho, abordar-se-ão algumas normas de efetividade criadas no âmbito dos tribunais superiores (STF e STJ). A escolha se justifica porque mencionadas cortes de justiça são órgãos de cúpula e, portanto, aquelas que darão a palavra final na solução de um litígio quando a controvérsia tiver natureza constitucional ou legal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário previsto pelo sistema anterior (art. 114 da CF/67) foi desdobrado em duas espécies. Conforme o novo texto, destinou-se ao STF a atribuição específica de “guardião da Constituição”, cabendo-lhe julgar o recurso extraordinário *stricto sensu*, que tutela as normas constitucionais (art. 102 da CF). De outro lado, foi introduzido o recurso especial, voltado à tutela da lei federal, competindo ao STJ o seu julgamento (art. 105 da CF).

¹ “Starting with a positive aspect, the Brazilian Federal Constitution (Article 5th, incise XXXV-“the law shall not exclude any injury or threat to a right from the consideration of the Judicial Power”¹⁷) ensures that access to the Judiciary is free. In that sense, if someone does not have money to pay legal fees and can prove this with simple deeds, she or he can start a case for free. There are public lawyers or practitioners (law students with a teacher as a supervisor, for example) available if someone does not have money to pay for a lawyer. It is also accessible to appellate to a second instance court, granted for the principle of due process of law (which includes a judiciary revision from a prior judiciary decision). However, there are some hurdles to accessing higher levels of courts¹⁸. On the other hand, many people use the Judiciary to postpone their duties, starting with public administration at all levels (federal, states, and municipalities). Since they do not need to pay Judiciary duties if they lose cases, they just needed to pay low fees to the winning party. If the losing party is not a public administration body, they need to pay higher fees for the winning party. Despite this, many big companies (e.g. telephonic groups) seem to mimic governments and use the Judiciary to postpone their obligations. Because of that, it is not a surprise that there are so many lawsuits in Brazil, as was shown above.” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 732-733.

Em razão do número excessivo de recursos pendentes de pronunciamento judicial², os mecanismos de efetividade instituídos no âmbito dessas cortes superiores tiveram por principal objetivo racionalizar o julgamento dos feitos, pretendendo entregar uma prestação jurisdicional mais célere e igualitária.

Nesse contexto, em relação ao STF, a repercussão geral foi prevista pela Emenda Constitucional 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF, como mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Para regulamentar este instituto, foi editada a Lei 11.418/06, que incluiu, no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), os arts. 543-A e 543-B. Além disso, as Emendas 21, 22 e 23 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) trouxeram dispositivos que melhor explicitaram a matéria.

Essa legislação estabeleceu, em verdade, um filtro recursal para acesso à Suprema Corte, passando a exigir que as questões que lhe forem submetidas a julgamento ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Introduziu-se, também, no STF, o julgamento de recursos por amostragem. Havendo feitos em multiplicidade com fundamento em idêntica controvérsia, não serão todos julgados diretamente. O tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará à Corte Constitucional. Os demais ficarão aguardando a decisão final para posterior tomada de providências pelas cortes de apelação (tribunais regionais federais e tribunais de justiça).

No âmbito do STJ, foi adotado um mecanismo semelhante, na linha do procedimento acima exposto, também em ordem a agilizar seus julgamentos.

Nesse contexto, foi editada a Lei 11.672/08, a qual determinou que, em havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal ordinário admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficarão com o julgamento suspenso até a conclusão do repetitivo. Internamente, para regulamentar os procedimentos para a aplicação de referida norma, foi publicada a Resolução STJ 8/08.

O objetivo dessas leis foi destinar às cortes de vértice apenas os recursos selecionados como representativos da controvérsia repetitiva (processos-piloto), ficando os demais sobrestados até seu julgamento definitivo, quando os tribunais de origem deverão adotar as diligências cabíveis.

Atualmente, ambas as leis foram revogadas pelo CPC, que passou a disciplinar, em seus artigos 1.036 a 1.041, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Pretendeu-se, com essas normas, proporcionar uma comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados, e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

² O acervo do **STF** está em 23.777 processos – cf. <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall> Acesso em 12/2/2022; e do **STJ** está em 289.759 – cf. <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=372> Acesso em 12 fev. 2022.

No entanto, essa técnica de julgamento por amostragem não surtiu a amplitude desejada, pois alguns recursos e ações continuaram a subir para ambos os tribunais superiores, ainda que a matéria neles discutida fosse idêntica àquela submetida aos representativos de controvérsia.

Para corrigir essa distorção, desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Questão de Ordem no RE 540.410/RS³, concluiu-se pela necessidade de devolução aos órgãos julgadores de origem, para os fins previstos no art. 543-B do revogado CPC/73, dos demais recursos extraordinários e agravos cujo tema apresente repercussão geral reconhecida pelo Plenário daquela Corte, ainda que interpostos contra acórdãos publicados em momento anterior à regulamentação do instituto, que se deu em 3 de maio de 2007.

Igualmente, na via especial, nos casos que versem sobre temas já afetados à sistemática dos recursos repetitivos, desde 2012, igualmente, pode o relator determinar o retorno dos autos à origem, onde ficarão sobrestados até a publicação do acórdão proferido nos autos do recurso representativo da controvérsia.⁴

Mesmo já tendo sido alçada determinada questão ao rito da repercussão geral, e havendo recurso especial veiculando matéria análoga, é facultado ao STJ determinar a devolução dos autos à Corte local para que lá se cumpra o rito dos arts. 1.040 e 1.041 do vigente CPC (juízo de adequação), considerando que esse tema passou a ter natureza constitucional. Outrossim, remanescendo questões impugnadas no especial distintas daquela versada na repercussão geral, deve ser julgada, em primeiro lugar, pelo tribunal de origem, a matéria por ela abrangida, para apenas depois se prosseguir na resolução do resíduo não alcançado pela afetação.⁵

Em reforço, a Corte Especial do STJ julgou a Rcl 36.476/SP⁶, sedimentando posicionamento no sentido de que, mesmo após a entrada em vigor do vigente CPC, a reclamação constitucional não seria o instrumento adequado para o controle da aplicação dos entendimentos firmados em recursos especiais repetitivos.

Considerou-se que, nesse regime, a Corte Superior cumpre sua tarefa constitucional “definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias”, e que seria “dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto”.

A ideia é consolidar a compreensão de que o STF e o STJ são cortes de precedentes que têm como principal missão julgar apenas o representativo de controvérsia (*leading*

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO no RE 540.410/RS. Relator Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 20 de Agosto de 2008. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 153.829/PI. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 17 de Maio de 2012. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.728.078/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 13 de Agosto de 2019. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 36.476/SP, Relatora Min. Nancy Andriighi, Data de Julgamento: 05 de Fevereiro de 2020. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

case), fixando uma tese jurídica, e não atuar como terceira e quarta instâncias, resolvendo os casos concretos (atribuição dos tribunais de apelação).

O CPC/2015 e os precedentes

É oportuno destacar que existe uma diferença importante entre os denominados recursos comuns e recursos extraordinários. Com efeito, os apelos comuns respondem de imediato ao interesse do litigante vencido em ver alterada a decisão que o desfavoreceu, tendo como requisito de sua admissibilidade apenas a sucumbência, como regra geral.

Já os recursos extraordinários fundam-se imediatamente no interesse da ordem pública em ver prevalecer a autoridade e exata aplicação da Constituição e da lei federal, e apenas de maneira mediata visam à tutela do interesse dos litigantes. Nesse passo, a admissibilidade de um apelo extraordinário se liga à existência de uma questão constitucional ou infraconstitucional, ou seja, à defesa da ordem jurídica.

Nos tempos atuais, está havendo uma aproximação do direito brasileiro, que sempre se ligou às tradições do *civil law*, com o sistema jurídico do *common law*, num ambiente em que o Poder Judiciário passa a ser fonte positiva do direito e há uma grande valorização do precedente judicial⁷.

Nesse contexto é que foi editado o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15), o qual criou mecanismos visando reduzir decisões judiciais divergentes e fortalecer o papel dos tribunais superiores, ao atribuir eficácia obrigatória aos seus pronunciamentos sob o rito dos repetitivos.

A força vinculante do precedente judicial representa, de fato, o reconhecimento da necessidade de se consagrar o devido respeito à interpretação conferida pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, em decorrência do maior peso que deve ser dado aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica.

A propósito, colhe-se a doutrina de Daniel Mitidiero⁸:

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança. Isso implica, a uma, que casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais a ela ligados a partir do conteúdo do precedente, e, a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e seu resultado.

De fato, como reforça o Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino⁹, a introdução do julgamento dos recursos especiais repetitivos constituiu “um marco na história do Superior Tribunal de Justiça, permitindo o aprimoramento da gestão processual e ensejando a formação de precedentes qualificados”.

⁷ Cf. BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: RT, 2021, p. 89.

⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Dez anos de recursos repetitivos no STJ. In: *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 761.

Outrossim, a partir dessa nova realidade, remanesceu mais evidente a função do STJ no plano da interpretação e aplicação uniformes da lei federal, sendo legítima a atribuição de eficácia vinculante às decisões proferidas no regime dos recursos repetitivos pelo CPC/15. É o que leciona Humberto Theodoro Junior¹⁰:

Não se trata, portanto, de uma força vinculante criada pela pura vontade do legislador processual, mas de algo cujas raízes se encontram nas matrizes constitucionais dos recursos extraordinário e especial. É da imperiosa necessidade de velar pela autoridade da Constituição e de garantir a uniformidade da inteligência e aplicação do direito positivo infraconstitucional, que o NCPC extraiu a inspiração para conferir, de forma expressa, a força vinculante da jurisprudência estabelecida no âmbito dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Em adendo, essa atribuição de força normativa à jurisprudência exige que os juízes e os tribunais observem suas próprias decisões e, mais ainda, apliquem as teses firmadas em repetitivo nos tribunais superiores. Não há mais espaço para, sob o pálio do princípio do livre convencimento motivado, um juiz deixar de aplicar um precedente porque “pensa diferente”: ele deve simplesmente aderir a esse julgado¹¹.

Pode-se concluir que as mencionadas alterações pretendem impedir a jurisprudência vacilante, permissiva de soluções diversas para idênticas controvérsias, mediante a instituição de mecanismos de natureza processual, inclusive no âmbito das instâncias ordinárias, tendentes a prestigiar a segurança jurídica¹².

O julgamento de idêntica questão tributária pelas cortes superiores

Em matéria tributária, a competência dos tribunais de vértice foi explicitamente delimitada pela Carta Constitucional, e, mesmo assim, ainda ocorre com bastante frequência o julgamento da mesma questão controvertida pelo STJ e pelo STF. Isso acontece porque a Constituição Federal de 1988 possui uma disciplina muito extensa no que toca aos temas tributários.

O problema é que, algumas vezes, a solução conferida aos casos tem sido distinta, gerando uma indesejável insegurança jurídica. Essa dispersão da jurisprudência deve ser

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. In: *Revista de processo*, v. 41, n. 255, maio 2016, p. 367-368.

¹¹ Essa é a conclusão a que chegou Renato Lopes Becho: “We have no doubt that all these rulings that the Justices talked about were justified. The problem is how judges are applying the principle of liberty to motivate their decisions. They don’t respect the previous decisions, including their own Court’s, something that creates immense insecurity. It shows, in other words, that judges do not think that they need to adhere to binding precedents. Judges simply (or just) interpret the statutes in the way they prefer. With the new CPC, Congress shows to judges that Brazilians would like to see things done differently. By the Brazilian Civil Procedure Code from 2015, presented in the next item, judges and justice shall consider binding precedents in the adjudication processes.” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 735.

¹² SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. In: *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*. Gabinete da Revista. Ano 1, n. 1 (ago. 2020). Brasília: STJ, 1989, p. 231.

evitada, como salienta Guilherme Puchalski Teixeira¹³, considerando que a “ausência de previsibilidade razoável do processo vai de encontro aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, produzindo decisões diametralmente opostas sobre idêntica controvérsia”.

Passa-se a abordar alguns desses casos.

Veja-se, primeiro, a discussão a respeito do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, em que o STJ havia sinalizado há muito tempo pela possibilidade de sua inclusão, tendo inclusive editado dois enunciados sumulares a respeito (Súmulas 68/STJ e 94/STJ¹⁴) e julgado um representativo de controvérsia repetitiva (REsp 1.144.469/PR¹⁵ – Tema 313/STJ). A Suprema Corte, no entanto, ao julgar o RE 574.706/PR¹⁶ em repercussão geral, concluiu que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (Tema 69/STF).

Essa parece a linha de entendimento que vai ser adotada pela Corte Constitucional no julgamento do Tema 118/STF - RE 592.616/MG-RG¹⁷, no qual se discute a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. O relator do caso, Ministro Celso de Mello¹⁸, proferiu seu voto pela impossibilidade de o tributo municipal compor a base de cálculo dessas contribuições, tendo o julgamento sido suspenso por um pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

De outro lado, essa *quaestio* já foi enfrentada pelo STJ em recurso julgado pelo rito dos repetitivos: REsp 1.330.737/SP¹⁹ (Tema 634/STJ), tendo prevalecido orientação diversa, a saber: “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

O STJ, agora em atenção ao que deliberado pelo STF no Tema 69/STF, julgou sob o rito dos repetitivos o REsp 1.638.772/SC, o REsp 1.624.297/RS e o REsp 1.629.001/SC²⁰,

¹³ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Recurso especial e recurso extraordinário repetitivos: finalidade e procedimento. In: *Recursos e processos nos tribunais: à luz do Novo Código de Processo Civil*. Org: Vanderlei Garcia Junior. Curitiba: Juruá, 2017, p. 184.

¹⁴ Essas súmulas foram canceladas pela Primeira Seção, na sessão de 27/03/2019, por iniciativa do Ministro Sérgio Kukina, na Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC (DJe 03/04/2019).

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.144.469/PR. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 10 de Agosto de 2016. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574.706/PR. Relatora Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 15 de Março de 2017. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.616/MG. Relator Min. Menezes Direito. Data de Julgamento: 10 de Outubro de 2008. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁸ Tese proposta: “O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte, sob pena de transgressão ao art. 195, I, ‘b’, da Constituição da República (na redação dada pela EC nº 20/98)”.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.330.737/SP. Relator Min. Og Fernandes. Data de Julgamento: 10 de Junho de 2015. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.638.772/SC, REsp 1.624.297/RS e REsp 1.629.001/SC. Relatora Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 10 de Abril de 2019. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

assentando a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)²¹. Ocorre que a Suprema Corte, julgando essa matéria sob o pálio da repercussão geral, compreendeu pela constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de referida contribuição (Tema 1.048/STF - RE 1.187.264/SP-RG²²).

A perplexidade advém do fato de que a Corte Constitucional adotou conclusões diferentes para tributos que possuem a mesma base imponible, a saber, a receita, sem apontar em que medida a facultatividade da adesão do contribuinte ao regime de recolhimento pela CPRB (fundamento adotado pelo STF) seria uma distinção válida a embasar a diferenciação realizada.

Nesse ponto, merece relevo o voto-vista que o Ministro Gurgel de Faria proferiu no Tema Repetitivo 994/STJ, sustentando que a conclusão adotada no Tema 69/STF deveria ser a mesma na hipótese da CPRB, diante do fato de que “a controvérsia em ambos os casos passa pelo conceito de receita”²³.

Por fim, recentemente, o STF, ao julgar o Tema 962 da Repercussão Geral, consolidou a compreensão de que: “É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário” (RE 1.063.187/SC-RG²⁴). Ao assim decidir, o fez em linha de confronto com o que o STJ havia decidido no Tema 505²⁵ dos Recursos Repetitivos. Nesse repetitivo, a Corte infraconstitucional havia compreendido pela natureza de lucros cessantes da Taxa Selic, a justificar ser tal verba incluída na base de cálculo desses tributos, enquanto que o STF enquadrou esses valores na classe dos danos emergentes, ao fundamento de “que correspondem ao que efetivamente se perdeu”, e, por não incrementarem o patrimônio de quem os recebe, “não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal”.

Apenas houve modulação temporal em dois dos casos acima mencionados: Tema 69/STF e Tema 962/STF.

Na primeira hipótese, com o julgamento dos embargos de declaração do RE 574.706/PR, a Suprema Corte brasileira determinou que a produção de efeitos desse julgado ocorrerá após 15 de março de 2017, oportunidade em que foi concluído o julgamento do representativo da controvérsia, ressaltando as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

²¹ Tema 994/STJ: “Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011”.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.187.264/SP**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 24 de Fevereiro de 2021. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²³ Eis excerto do voto do Ministro Gurgel de Faria: “Contudo, quero destacar que a controvérsia atinente à base de cálculo da Contribuição sobre a Receita Bruta, especificamente, autoriza a mesma conclusão do julgado do Supremo Tribunal Federal, pois, ao final, a controvérsia em ambos os casos passa pelo conceito de receita. Assim, em havendo precedente obrigatório do STF e tratando-se de questões jurídicas semelhantes, não há falar em eventual violação do art. 97 da CF/1988”.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.063.187/SC**. Relator Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 27 de Setembro de 2021. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²⁵ Tema 505/STJ: “Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa” (REsp 1.138.695/SC).

Já com relação ao segundo tema, o Tribunal Pleno do STF concluiu o julgamento virtual dos aclaratórios em 30 de abril de 2022, os quais foram acolhidos em parte e, no tocante a modulação de efeitos, estabeleceu-se que referida decisão “produza efeitos *ex nunc* a partir de 30/9/21 (data da publicação da ata de julgamento do mérito), ficando ressalvados: a) as ações ajuizadas até 17/9/21 (data do início do julgamento do mérito); b) os fatos geradores anteriores a 30/9/21 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL a que se refere a tese de repercussão geral, nos termos do voto do Relator.”²⁶

Oportuno registrar que não se está a discutir o acerto da decisão de modulação, mas apenas a sua necessidade nos casos em que há uma alteração de entendimento no âmbito das cortes superiores.

Com efeito, como fica a segurança jurídica e a proteção da confiança, considerando que os jurisdicionados se encontravam amparados por decisão judicial firmada em repetitivo no STJ? As decisões do tribunal da cidadania valem somente após sua “confirmação (ou não)” pelo STF? Qual o papel do STJ, então, no sistema de precedentes qualificados?

Soluções para os problemas detectados e o papel do STJ na formação dos precedentes em matéria tributária

O que fazer nesse ambiente em que as Cortes de vértice não dialogam no caso de adotarem posicionamento judicial distinto?

Uma primeira solução, que inclusive está expressamente prevista no vigente CPC, é que os tribunais, de fato, uniformizem sua jurisprudência, aplicando as próprias decisões tomadas anteriormente (art. 926) e aquelas julgadas pelo rito dos repetitivos (art. 927), especialmente o STF e o STJ.

Além de garantir a estabilidade nas relações jurídicas e a igualdade de tratamento em casos análogos (segurança jurídica), essa conduta pode ter o efeito de reduzir significativamente os casos em tramitação no Poder Judiciário, especialmente em matéria tributária²⁷.

Outra questão é estabelecer procedimentos que impeçam que um tema alçado a repetitivo no STJ seja depois desconstituído por decisão em repercussão geral. Para isso, considerando que o STF é o órgão competente para aferir de fato a existência ou não desse filtro recursal, o recurso deve preferencialmente ascender a esta Corte, para que, apenas depois, caso afastada a natureza constitucional da controvérsia, retornem os autos ao STJ. Não nos parece correto admitir que ambas as Cortes Superiores continuem enfrentando

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EDcl no RE 1.063.187/SC**. Relator Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 30 de Abril de 2022. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 10 Maio 2022.

²⁷ “The data mentioned in this paper indicate that tax law is the subject of most of the lawsuits in Brazil. If judges and justices apply the Civil Procedure Code and the theory of precedents in tax law, there will be a significant reduction in judicial cases” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilian Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 738.

a mesma matéria, ainda mais levando-se em conta a diversidade de soluções adotadas, a ensejar insegurança jurídica, ferindo de morte a pretensão estabilizadora de jurisprudência preconizada no CPC²⁸.

De outro lado, sendo reconhecida a existência de repercussão geral pelo STF de questão já julgada pelo rito dos repetitivos, deve ser cancelado o respectivo tema no STJ. Com efeito, a inexistência de temas idênticos julgados pelo rito dos repetitivos em ambas as Cortes Superiores facilita o trabalho de adequação. Não se pode criar confusão na aplicação do precedente pelas instâncias ordinárias, as quais devem seguir, por óbvio, a orientação que for firmada pela Suprema Corte.

Em defesa da necessidade de cancelamento dos temas no STJ, quando sobre a questão já houver o reconhecimento da existência de repercussão geral, destaca-se a posição do Ministro do STJ, Sérgio Kukina. Recentemente, inclusive, essa temática foi objeto de julgamento pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do exercício de juízo de adequação de um caso repetitivo ao que decidido pelo STF, no REsp 1.638.772/SC (Tema 994/STJ).

Em novo julgamento do repetitivo, mencionado Ministro reafirmou a desnecessidade de se alterar a tese do repetitivo, mas apenas de se realizar o juízo de adequação, propondo o cancelamento do tema repetitivo. Por oportuno, confira-se o seguinte excerto da questão de ordem por ele suscitada²⁹:

É certo que tanto o vigente Código de Processo Civil (art. 927, § 4º), quanto o Regimento Interno desta Corte (arts. 256-S e seguintes) autorizam a revisão de entendimento firmado em tema repetitivo, inclusive para adequação ao decidido pelo STF em Repercussão Geral (art. 256-V do RISTJ).

Entendo que nessas ocasiões a dita revisão de tese, a depender do tema, poderá conduzir ao próprio **CANCELAMENTO do enunciado repetitivo objeto da revisão**, por exemplo, quando se está diante de questão jurídica que, a um só tempo, tenha sido apreciada e meritoriamente decidida **tanto pelo rito dos repetitivos no STJ quanto pela sistemática da Repercussão Geral no STF**, mas com aprovação de teses frontalmente divergentes entre si. Em tais hipóteses, assim penso, antes de se limitar a **desnecessariamente replicar a tese prevalecente no STF**, inclusive com o risco de usurpação de atribuições e na contramão da organicidade do vigente sistema de precedentes, deveria o STJ se circunscrever a **rejulgar o caso concreto em harmonia com o entendimento diverso da Excelsa Corte**, cancelando, como sugerido, o enunciado anteriormente firmado em regime repetitivo.

Tal proceder teria o condão de prevenir eventual confusão das instâncias ordinárias quanto ao juízo de adequação a temas decididos por ambas as Cortes

²⁸ Entendendo de maneira diversa, ou seja, pela possibilidade de que assuntos sejam apreciados sob as perspectivas constitucional e infraconstitucional, conferir o entendimento da Ministra Regina Helena Costa: “Posto isso, convém assinalar que, em nosso entender, grande parte dos temas tributários pode ser analisada tanto sob o viés constitucional quanto sob o infraconstitucional, abrindo-se, assim, a possibilidade de ambas as Cortes superiores exercerem sua competência em relação a um mesmo tema tributário, porquanto atuam, ambas, respectivamente, como última instância.” (COSTA, Regina Helena. A jurisdição tributária no Superior Tribunal de Justiça. In: *Interesse Público - IP*. Ano 9, n. 43, (maio/jun 2007), Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21.)

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.638.772/SC. Relatora Min. Regina Helena Costa. Questão de ordem apresentada pelo Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 27 de Abril de 2022. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso 10 Maio 2022.

de vértice, considerando, pois, a supremacia do enfoque constitucional sobre o infraconstitucional. [grifos no original]

No entanto, a proposição trazida pelo Ministro não foi acolhida, por questões de ordem prática (alegados problemas de gestão dos tribunais de 2º grau e para se evitar a subida de recursos especiais ao STJ), apesar dos Ministros Gurgel de Faria e Regina Helena Costa terem ressalvado seus posicionamentos pessoais também pela prescindibilidade de novo pronunciamento do STJ quando já decidido em sede de repercussão geral.

Aqui cabe uma crítica. O sistema de precedentes brasileiro vem sendo construído desde 2006, quando instituída a repercussão geral, ou seja, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015. Nesse período de quase vinte anos, os tribunais superiores aprimoraram a gestão e divulgação das teses repetitivas, e as Cortes de segundo grau foram aparelhadas com órgãos específicos responsáveis pelo gerenciamento desses precedentes. Assim, nos parece que a justificativa de “problemas de gestão” não poderia ser mais invocada para evitar o aprimoramento do sistema e a desnecessária reafirmação de tese repetitiva no STJ nos moldes em que decidido em repercussão geral, como no caso³⁰.

Uma outra forma de se evitar dissidência entre as Cortes superiores seria determinar que, se o relator do caso no STJ entender que existe uma questão constitucional a ser decidida, deve reconhecer, de início, a prejudicialidade do tema, nos moldes do art. 1.032, do CPC³¹, e enviar os autos ao STF, para que lá se verifique a existência de repercussão geral. Caso a resposta seja negativa, o retorno dos autos ao STJ é um elemento a mais para se constatar a natureza infraconstitucional da controvérsia e cancelar a força do precedente a ser criado pela Corte infraconstitucional.

É oportuno lembrar, nesse contexto, que o próprio CPC, em seus arts. 1.032 e 1.033, passou a prever a aplicação da técnica da fungibilidade recursal, mediante a abertura de prazo para a parte que interpôs o recurso especial manifestar-se sobre eventual existência de repercussão geral, a fim de viabilizar a abertura da via extraordinária.

Na vigência do CPC/73, o Ministro Sérgio Kukina³² lembra que era comum as partes litigantes manejarem simultaneamente os recursos especial e extraordinário e, ainda assim, terminarem “privadas de jurisdição recursal, como consequência de o STJ não vislumbrar conotação infraconstitucional no tema e o STF concluir que a alegada ofensa constitucional, acaso existente, seria não mais que reflexa”. Esse “vácuo de

³⁰ No caso do REsp 1.638.772/SC, a nova tese firmada ficou assim redigida: “Em juízo de retratação, consoante o disposto no art. 1.040, II, do CPC/15, e 256-S, § 1º, do RISTJ, propõe-se a adequação da tese fixada no Tema 994/STJ, em obediência à tese fixada no Tema 1.040/STF, a qual passa a ostentar a seguinte redação: “**É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB.**”

³¹ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

³² KUKINA, Sérgio Luiz. Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et ali. (Orgs.). In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 848.

jurisdição”, no entanto, teve fim “com a incorporação da técnica da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, como prevista no CPC/15 (arts. 1.032 e 1.033)”.

Outro ponto importante é considerar que, se o STF já reconheceu estar presente o filtro constitucional em determinada controvérsia, como, por exemplo, inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por simetria, igual conduta deveria pautar essa Corte em hipótese análoga, como, por exemplo, naquela em que se discute a inclusão do ICMS-ST na base de cálculo dessas contribuições.

Não foi o que efetivamente aconteceu. Ao enfrentar essa questão, a Suprema Corte reconheceu a inexistência de repercussão geral (Tema 1.098/STF: “É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”).³³

Nesse contexto, considerando a multiplicidade de ações judiciais a respeito de referida controvérsia, o STJ acabou afetando essa matéria ao rito dos repetitivos, no Tema 1.125/STJ, tendo-se delimitado como questão a ser decidida a “Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.”³⁴

Dessa forma, considerando a tradicional posição do STJ por admitir a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, é presumível que conclua igualmente pela possibilidade de inclusão do ICMS-ST na base de cálculo dessas contribuições. E aí teremos a seguinte situação: o ICMS normal não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, mas o ICMS-ST, sim³⁵.

Além disso, outro mecanismo importante é a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, especialmente do STJ, em observância aos imperativos da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Em matéria tributária, as decisões proferidas pelo STF, quando signifiquem alteração substancial de provimentos judiciais obtidos nas instâncias ordinárias, e até mesmo na instância especial, não podem ter eficácia imediata. Devem ser adotados procedimentos que confirmem um tempo razoável de adaptação às novas diretrizes jurisprudenciais, especialmente diante de sua instabilidade.

É a problemática da retroação das sentenças nos casos de alteração de entendimento jurisprudencial, muito bem definida por Misabel Abreu Machado Derzi³⁶:

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.258.842 RG**, Relator Min. Presidente. Data de Julgamento: 14 de Agosto de 2020. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br> Acesso em: 7 de Dezembro de 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.896.678/RS e REsp 1.958.265/SP. Relator Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 17/12/2021. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 12 Fev. 2022.

³⁵ A Primeira Seção já iniciou o julgamento do Tema 1.125/STJ, em 23/11/2022, tendo o Ministro Relator, Gurgel de Faria, proposto a exclusão do ICMS/ST da base de cálculo do PIS e da COFINS. Pediu vista dos autos a Ministra Assusete Magalhães. Fonte: consulta pública de andamento de processos no STJ: <https://processo.stj.jus.br/>

³⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 586-587.

O problema da retroação das sentenças se apresenta, então de forma aguda, nas hipóteses de reversão da jurisprudência. Inexistindo alteração da lei ou da Constituição em que se fundou a **norma judicial anterior** como **precedente**, igualmente inexistindo alteração na ordem dos fatos, dentro do mesmo grupo de casos similares, que permanece *sub judice*, poderá haver nova interpretação judicial, criando-se **nova norma judicial**, com rejeição de precedente. Estaremos em face, assim, de **duas normas judiciais contrastantes**, a segunda reformando a primeira. Em relação à última norma judicial, modificativa da anterior, é que se colocam, com intensidade, valores e princípios a ponderar, como segurança, irretroatividade, proteção da confiança e boa-fé. Somente neste momento, poderão ser invocados os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé em relação ao Poder Judiciário, pois teremos: **(a)** uma decisão anterior consolidada, sob a vigência da qual foram concretizados atos e fatos jurídicos, como indutores da confiança; **(b)** o advento de outro fato, também do Poder Judiciário, nova sentença modificativa da anterior, vista pelo contribuinte como quebra da confiança gerada; **(c)** a responsabilidade pela violação da segurança/confiança, por meio da proteção dos atos jurídicos, ocorridos no passado, contra a retroação da nova norma judicial. [grifos da autora]

De fato, o jurisdicionado não pode ser punido por ter atuado em conformidade com o que lhe restou, até então, assegurado pelo Poder Judiciário.

Ademais, com a entrada em vigor do CPC/15, a modulação dos efeitos das decisões no âmbito dos tribunais superiores, nos casos em que ocorre o fenômeno da “virada de jurisprudência”, passou a ser um imperativo legal em ordem a salvaguardar a segurança jurídica, consoante se colhe do art. 927, § 3º, desse diploma legislativo.

Essa a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁷, para quem, na hipótese “de modificação da jurisprudência sedimentada, a eficácia *ex nunc* é obrigatória, em razão da boa-fé objetiva e da segurança jurídica”, pois, levando-se em consideração “os princípios em que se baseia o direito brasileiro, a superação do entendimento (*overruling*) sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa”.

Nesse passo, no ambiente dos precedentes, qual o papel do STJ?

Como se sabe, referida Corte Especial de Justiça possui a importante missão de uniformizar a jurisprudência nacional no que tange à interpretação da legislação infraconstitucional.

Após mais de trinta anos de existência, tornou-se também um Tribunal com um número excessivo de processos e recursos para julgar³⁸. Em virtude desse fato, resta-lhe pouco tempo para se debruçar efetivamente sobre casos importantes, com vocação para se tornarem precedentes, consumindo grande parte de seu tempo na criação da criticada jurisprudência defensiva³⁹.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1970.

³⁸ Conforme dados constantes no Relatório Estatístico de 2020, no período de 2/1/2020 a 31/12/2020, foram recebidos no STJ 344.034, equivalendo a uma média de 10.793 por Ministro (<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>).

³⁹ Tecendo críticas a jurisprudência defensiva do STJ, conferir artigo de autoria de Nestor Eduardo Araruna Santiago e Edison Teixeira Silva: “Diante das considerações apresentadas, conclui-se que a jurisprudência defensiva se revela uma espécie de instrumento utilizado por tribunais superiores, tendo por finalidade desvencilhar-se de processos judiciais, especialmente, aqueles advindos por força de recurso apresentado

O que se espera é que o STJ enfrente o mérito de casos relevantes, assim entendidos aqueles em que as matérias debatidas tenham grande repercussão social ou econômica, que envolvam relações de massa, ou mesmo temas legais controvertidos no âmbito dos tribunais de apelação. E um número excessivo de processos não é o ambiente mais adequado para essa função judicante.

Por isso, parece acertada a criação de um filtro recursal para a admissão dos recursos especiais, considerando a atribuição constitucional que foi conferida ao STJ.

A esse respeito, foi aprovada a Emenda Constitucional 125⁴⁰, DOU 15/07/22, que estabelece a exigência de demonstração da relevância da questão federal discutida como requisito de admissibilidade do recurso especial. A relevância é presumida em alguns casos, a saber: ações penais e de improbidade administrativa, ações cujo valor ultrapasse quinhentos salários mínimos, quando o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do STJ, além de outras hipóteses previstas em lei.

Sobre o momento em que será exigido esse requisito, o Pleno do STJ, em 19/10/22, editou o Enunciado Administrativo n. 8, o qual definiu que "A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal."⁴¹

Dessa forma, é por meio de um diálogo mais direto entre as Cortes Superiores, pelo respeito ao anterior precedente firmado com relação a uma temática, ou, pelo menos, pela atribuição de eficácia prospectiva ao novo julgado, é que se pode revelar, de maneira mais explícita, o papel constitucional atribuído ao STJ.

Conclusão

Observa-se que, no atual sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência tem assumido o papel de protagonismo na solução dos conflitos instaurados no Poder Judiciário. Essa relevância tem sido confirmada pelo legislador, que, nas últimas décadas,

por um dos sujeitos interessados. Todavia, tal mecanismo não encontra amparo legal para ser considerado válido, na medida em que a decisão judicial específica faz uso de fundamentação que extrapola a compreensão das normas integrantes do ordenamento jurídico ou, nos cenários mais extremos, enseja a criação de formalismos inexistentes na lei, objetivando a inadmissibilidade do recurso analisado pela Corte." (SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Silva, Edison Teixeira. Jurisprudência defensiva e garantismo: há como compatibilizar? *In: Revista de Processo* - v. 46, n. 321, nov. 2021 p. 304).

⁴⁰ Essa EC acrescenta os §§ 2º e 3º ao art. 105 da Constituição Federal e renumera o atual parágrafo único, estando assim redigida: "Art. 1º O art. 105 da [Constituição Federal](#) passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 105. § 1º § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei."(NR)

⁴¹ Fonte: consulta em processo.stj.jus.br.

fortaleceu a importância das decisões judiciais, especialmente aquelas proferidas pelas cortes de vértice. Assim se constata com a introdução do julgamento por amostragem nos tribunais superiores, e com o caráter vinculante atribuído a esses pronunciamentos judiciais pelo CPC.

Não obstante, há que se reconhecer algumas falhas desse sistema dos repetitivos, consistente no julgamento das mesmas matérias tributárias pelo STF e pelo STJ, muitas vezes de modo diverso.

Nesse contexto, existem algumas providências a ser tomadas de maneira a aprimorar o processamento dos repetitivos, fortalecer a efetividade do sistema de precedentes no Brasil e demonstrar o papel constitucional do STJ.

Entende-se, primeiro, que os tribunais devem efetivamente cumprir o comando contido nos arts. 926 e 927 do CPC, de seguir sua própria jurisprudência e aquela firmada pelos tribunais superiores em representativos de controvérsia repetitiva.

Ademais, deve ser intensificado o diálogo e colaboração entre os órgãos jurisdicionais de cúpula. Dessa forma, antes da afetação de repetitivos no STJ, naquelas hipóteses em que há espaço para eventual solução constitucional da matéria (é o que ocorre, com grande frequência, em matéria tributária), poderia estabelecer-se uma espécie de consulta prévia ao STF. O reconhecimento da inexistência de repercussão geral nessa hipótese daria mais força ao precedente a ser criado no STJ.

Importante, ainda, se evitar a existência de temas repetitivos idênticos no STJ e no STF. Dessa forma, quando houver posterior decisão do STF em repercussão geral sobre questão já julgada pelo rito dos repetitivos no STJ, deve se proceder ao cancelamento do tema repetitivo no tribunal infraconstitucional, e não o ajuste da tese repetitiva ao que decidido pela Corte Suprema. Com efeito, essa providência se mostra desnecessária considerando a supremacia do que decidido pelo viés constitucional.

Além disso, no caso de alteração de jurisprudência do STJ pelo STF em repetitivos, necessário, para fins de segurança jurídica e proteção da confiança dos jurisdicionados, que se adote a técnica da modulação dos efeitos.

Para assegurar o cumprimento do papel do STJ de corte nacional de uniformização de interpretação de lei federal, e de criação de precedentes, foi indispensável a criação do filtro recursal da relevância da questão federal, objeto da EC 125/2022.

Assim, nos parece que a adoção dessas condutas contribuirá para fortalecer o papel do STJ no sistema de precedentes, trazendo maior confiabilidade às decisões judiciais e segurança jurídica aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: RT, 2021.

BECHO, R. L. (2020). The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>.

COSTA, Regina Helena. A jurisdição tributária no Superior Tribunal de Justiça. In: *Interesse Público - IP*. - ano 9, n, 43, (maio/jun 2007), Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOUZA, Marcos Adilson Correia de. Técnica de julgamento de recursos repetitivos e nova ordem processual civil: estabilidade, integridade e coerência nas decisões judiciais dos Tribunais Superiores. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 78. Maio-jun/2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KUKINA, Sérgio Luiz. Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et ali. (Orgs.). In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Dez anos de recursos repetitivos no STJ. In: *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 761.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Silva, Edison Teixeira. Jurisprudência defensiva e garantismo: há como compatibilizar? In: *Revista de Processo* - v. 46, n. 321, nov. 2021.

SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. In: *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*. Gabinete da Revista. Ano 1, n. 1 (ago. 2020). Brasília: STJ, 1989.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Recurso especial e recurso extraordinário repetitivos: finalidade e procedimento. In: *Recursos e processos nos tribunais: à luz do Novo Código de Processo Civil*. Org: Vanderlei Garcia Junior. Curitiba: Juruá, 2017, p. 184.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. In: *Revista de processo*, v. 41, n. 255, maio 2016.

Data de Recebimento: 22.05.2022.

Data de Aprovação: 29.01.2023.