



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MICAL CRUZ CARDOSO

**A FUNÇÃO DE CORTE DE PRECEDENTES EXERCIDA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REFLEXÃO DE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS
NO RECURSO ESPECIAL**

**BRASÍLIA
2019**

MICAL CRUZ CARDOSO

**A FUNÇÃO DE CORTE DE PRECEDENTES EXERCIDA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REFLEXÃO DE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS
NO RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Carlos Orlando Pinto
Coorientador: João Ferreira Braga

BRASÍLIA
2019

MICAL CRUZ CARDOSO

**A FUNÇÃO DE CORTE DE PRECEDENTES EXERCIDA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REFLEXÃO DE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS
NO RECURSO ESPECIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Carlos Orlando Pinto
Coorientador: João Ferreira Braga

BRASÍLIA, ____ de _____ de 2019.

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, pois Ele abriu caminhos, construiu oportunidades e revigorou as minhas forças. *“Na minha angústia clamei ao SENHOR, e me ouviu”* – Salmos 120.

Ao meu primeiro professor orientador, João Ferreira Braga, o meu sincero sentimento de gratidão, pois, apesar da necessidade de se ausentar, não deixou de se fazer presente em todo o tempo de realização da monografia e não mediu esforços para contribuir substancialmente para o meu conhecimento e para a produção deste trabalho de conclusão de curso, sendo a pedra fundamental de mais uma etapa de minha vida.

Ao meu segundo professor orientador, Carlos Orlando Pinto, pela contribuição na reta final desta monografia.

Aos que construíram pontes onde eu encontrei rios e se fizeram porto seguro nos momentos em que eu não sabia para onde ir.

“[...] o que o Judiciário aplica é o direito, do qual a lei é apenas uma parte.”
Carlos Mário da Silva Velloso

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de discutir a atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte de precedentes, diante da sua função constitucional de interpretar e dar sentido à legislação federal infraconstitucional, bem como de proceder à análise crítica acerca do posicionamento da Corte Superior de Justiça quando há reflexão de questões constitucionais no recurso especial. Através do estudo doutrinário e jurisprudencial, objetiva saber se é possível ou não a análise de questões constitucionais pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, estuda a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, a divisão de competências entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a função precípua do Superior Tribunal de Justiça, as exigências de um Estado constitucional e a relação entre a Corte Superior e a Constituição. Discute o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça diante de recursos especiais em que houve reflexão de questão constitucional e as consequências de tal posicionamento, com o fim de propor possíveis soluções para o problema daí decorrente, mormente porque se trata de entendimento firmado por uma Corte de precedentes. Ao fim, constata a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça rever seu posicionamento, adequando-o às exigências do Estado Constitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Neoconstitucionalismo. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Tema constitucional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CCB – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTN – Código Tributário Nacional

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

ISS – Imposto Sobre Serviços

LC – Lei Complementar

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MP – Medida Provisória

PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PIS – Programa de Integração Social

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| Introdução..... | 11 |
| 1 O sistema de precedentes e o Poder Judiciário: influências dos precedentes na atuação dos tribunais brasileiros..... | 14 |
| 1.1 A Constituição da República (1988) e a reestruturação do Poder Judiciário: a crise do Supremo Tribunal Federal..... | 15 |
| 1.2 Tribunais superiores e (re)definição de seus compromissos jurídico-políticos a partir da norma constitucional vigente: tribunais superiores como centros de decisões políticas..... | 18 |
| 1.3 Tribunais superiores e princípio da igualdade: um importante registro ao fim maior das cortes de superposição..... | 20 |
| 1.4 Estado constitucional, força normativa da Constituição e Corte Suprema: a tutelabilidade da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal..... | 22 |
| 1.5 Estrutura federada do Estado e Superior Tribunal de Justiça: a defesa da ordem jurídica infraconstitucional federal..... | 24 |
| 1.6 Importância da efetividade das competências atribuídas aos tribunais de superposição para a afirmação de um estado socialmente equilibrado: o papel dos recursos extraordinários na afirmação da função universalizadora dos tribunais superiores..... | 26 |
| 1.7 Considerações finais em torno do tema: um olhar para o neoconstitucionalismo..... | 28 |
| 2 O Superior Tribunal de Justiça – como corte de precedentes –, a jurisprudência e a (im)possibilidade de reflexões acerca de questões constitucionais na hermenêutica do direito federal infraconstitucional..... | 39 |
| 2.1 Um olhar sobre a competência conferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição da República: a instituição de tribunal superior (não especializado) precipuamente destinado à tutelabilidade do direito federal infraconstitucional..... | 39 |
| 2.2 Competências existenciais do Superior Tribunal de Justiça destinadas à garantia de aplicabilidade e de inteireza do direito federal infraconstitucional, assim como à sua uniformização, e instrumentos dirigidos à efetivação de tais competências: ênfase no estudo do recurso especial e do disciplinamento constitucional..... | 41 |

| | |
|---|-----------|
| 2.3 Instituição do recurso especial repetitivo: fortalecimento do papel uniformizador da Corte Superior de Justiça e prenúncios de um sistema de precedentes obrigatórios (ou qualificados)..... | 45 |
| 2.4 Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: a importância sistêmica do instituto, as espécies, a competência, as características e a reserva de plenário – como regra para o controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais..... | 47 |
| 2.5 Relações entre Superior Tribunal de Justiça, recurso especial e controle de constitucionalidade: estudos descritivos em torno da jurisprudência formada pela referida Corte Superior..... | 51 |
| 2.5.1 Acórdãos que consagram a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de se analisar, em recurso especial, tese de violação de disposições constitucionais: a suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pelo Superior Tribunal de Justiça..... | 52 |
| 2.5.2 Acórdãos atinentes a recurso especial em que a Corte Superior procedeu, ainda que indiretamente, a reflexões constitucionais..... | 55 |
| 2.6 Um juízo sintético a respeito da posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da (im)possibilidade de se analisar, em recurso especial, tese de violação de disposições constitucionais..... | 59 |
| 3 Análise de precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça..... | 61 |
| 3.1 Considerações iniciais: a importância de se analisar, a partir de casos concretos, os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a possibilidade de exame da questão constitucional subjacente à controvérsia veiculada no recurso especial..... | 61 |
| 3.2 Breve retomada de um ponto fundamental ao estudo dos julgados: o Superior Tribunal de Justiça e o controle de constitucionalidade. Quais os limites?..... | 62 |
| 3.3 Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Og Fernandes, data do julgamento 25/4/2018..... | 65 |
| 3.4 Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, data do julgamento 13/6/2012.... | 68 |
| 3.5 Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Og Fernandes, data do julgamento 5/2/2018..... | 71 |

| | |
|--|------------|
| 3.6 Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Redatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa, data do julgamento 22/8/2018..... | 73 |
| 3.7 Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, data do julgamento 23/5/2012..... | 78 |
| 3.8 Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para o acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, data do julgamento 10/8/2016..... | 81 |
| 3.9 Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, data do julgamento 11/10/2017..... | 87 |
| 3.10 Um juízo analítico acerca da jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio dos julgamentos em observação: percepções ao cenário atual... | 93 |
| 3.11 Consequências jurídico-políticas da posição adotada pela referida Corte Superior. No caso, como concretizar a força normativa da Constituição, assim como as premissas de um Estado Constitucional, na interpretação do direito federal infraconstitucional?..... | 94 |
| 3.12 Alternativas possíveis à jurisprudência aplicada: soluções que parecem palatáveis ao quadro atual, sobretudo para que respeitada a competência precípua do Supremo Tribunal Federal..... | 95 |
| Considerações finais..... | 97 |
| Referências..... | 103 |

Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso tem por propósito discutir a atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte de precedentes, diante da sua função constitucional de interpretar e dar sentido à legislação federal infraconstitucional, uniformizando-a em todo o território nacional, bem como proceder à análise crítica acerca do posicionamento da Corte Superior de Justiça quando há reflexão de questões constitucionais no recurso extraordinário de sua competência, qual seja, o recurso especial.

O tema deste trabalho, então, é o Superior Tribunal de Justiça como Corte de precedentes e a reflexão de questões constitucionais em sede de recurso especial.

A problemática da pesquisa cinge-se à ausência de exata definição na separação de competências entre a Corte Suprema e a Corte Superior.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guardião das normas constitucionais. Ao Superior Tribunal de Justiça foi reservada a função primordial de interpretar e uniformizar o direito federal infraconstitucional.

Não obstante pareça simples a compreensão da mencionada divisão de competências, deve-se considerar que o Estado brasileiro é um Estado constitucional. Aqui surge um problema. Em um Estado constitucional, a Constituição é a norma basilar e superior de todo o ordenamento jurídico, isto é, vige a supremacia da norma constitucional.

No exercício de sua função típica, o legislador deve atentar-se sempre às disposições constitucionais, que são o parâmetro para a elaboração de todas as demais normas, bem como deve observar processo legislativo mais rigoroso para alterar a própria norma parâmetro. Mas não é apenas o Poder Legislativo que deve respeitar o princípio da supremacia da Constituição, são os três poderes, incluindo, claro, os órgãos do Poder Judiciário, ao aplicarem o direito, que também têm a responsabilidade de preservar a Constituição e sua força normativa.

Aí repousa a relevância da discussão. Todos os órgãos do Poder Judiciário devem buscar a preservação da integridade e da superioridade da Constituição Federal, inclusive o Superior Tribunal de Justiça. A este compete julgar, em recurso especial, as causas decididas,

em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou, ainda, quando der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Ao julgar recurso especial, que tem por escopo a interpretação e uniformização da matéria federal infraconstitucional em todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça pode proceder a reflexões constitucionais? É necessário, em um Estado constitucional, que a Corte responsável pela matéria federal infraconstitucional interprete esta nos termos da Constituição ou a análise de questões constitucionais é de competência exclusiva da Corte Suprema?

Na medida em que há ausência de exata separação entre as competências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pode haver desgaste do Poder Judiciário, que tem duas Cortes de superposição que podem ser demandadas sobre a mesma matéria, o que repercutiria, também, na segurança jurídica e na isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Por tais razões, é necessário debater a temática, proceder à análise crítica do posicionamento da Corte Superior e buscar possíveis soluções ao problema.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o papel de Corte de precedentes atribuído ao Superior Tribunal de Justiça e a possibilidade ou não de análise de questões constitucionais no recurso especial, principalmente quando tratar-se de decisão que configura precedente obrigatório.

Os objetivos específicos consistem em analisar a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, a divisão de competências entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e as exigências de um Estado constitucional, verificar a relação entre a Corte Superior e a Constituição, discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça diante de recursos especiais em que há reflexão de questão constitucional e as consequências de tal posicionamento e propor possíveis soluções para o problema.

A metodologia utilizada é dogmática ou instrumental. Inicialmente, a pesquisa restringir-se-á ao estudo da doutrina correlata ao tema e, posteriormente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça será objeto de análise e discussão, com eventuais remissões às

pesquisas realizadas na elaboração da parte doutrinária. A pesquisa, então, será realizada através do método qualitativo.

Pretende-se discutir, ao fim, se o Superior Tribunal de Justiça pode analisar questões constitucionais, no recurso especial, ou se só o Supremo Tribunal Federal, que tem por função precípua a guarda da Constituição, pode fazê-lo.

Afinal, todos os órgãos do Poder Judiciário, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, são responsáveis por guardar a Constituição ou a incumbência é apenas daquele cuja função precípua é a guarda das normas constitucionais? É o que será analisado, a partir de estudos bibliográficos e jurisprudenciais.

1 O sistema de precedentes e o Poder Judiciário: influências dos precedentes na atuação dos tribunais brasileiros

Para que seja possível discutir o papel do Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes, necessário se faz contextualizar as influências da sistemática dos precedentes na atuação dos tribunais brasileiros, o que se pretende realizar ao longo deste capítulo.

Inicialmente, cumpre salientar que o ordenamento jurídico brasileiro é alicerçado no sistema de *civil law*. Nesse sistema, com origem no direito romano canônico e no direito alemão medieval, a lei ocupa posição privilegiada em relação às outras fontes do direito, de forma que a jurisprudência é posta como uma das fontes secundárias¹. Segundo Rodrigo Cunha Mello Salomão, “a presença de um direito codificado reduziu a atuação dos tribunais, deixando de propiciar um campo fértil à valorização de suas decisões”².

Ao contrário da *civil law*, no sistema de *common law*, surgido na Inglaterra, as normas legais advêm das decisões proferidas pelos tribunais³. Tal atribuição concedida às cortes se justifica na participação que os juízes tiveram na luta conjunta com o Poder Legislativo da Inglaterra em prol da garantia de direitos e liberdades aos cidadãos ingleses⁴. Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o Judiciário chegou a confundir-se com o Legislativo, uma vez que ambos representavam uma só força contra o poder do monarca”⁵.

Diferentemente, no sistema de *civil law*, na França, “como os cargos da magistratura eram comprados e herdados, eram eles utilizados como propriedade particular da classe aristocrática”⁶, motivo pelo qual “os juízes aplicavam as leis de acordo com seus interesses, o que suscitava constantes questionamentos acerca de sua imparcialidade”⁷. Assim, por figurarem ao lado do monarca, os juízes foram alvo da Revolução Francesa de 1788, a fim de

¹ SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017, p. 56.

² Ibidem, p. 56.

³ Ibidem, p. 55.

⁴ Ibidem, p. 56.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁶ SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017, p. 56.

⁷ Ibidem, p. 56.

que o Poder Judiciário se subordinasse ao Parlamento, de forma que os códigos fechassem o espaço para o exercício do pensamento pelos magistrados⁸.

Feitas as sucintas considerações conceituais e históricas acerca da diferença entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, passa-se à análise de alguns pontos necessários ao deslinde da questão aqui versada, qual seja, as influências dos precedentes na atuação das cortes brasileiras.

1.1 A Constituição da República (1988) e a reestruturação do Poder Judiciário: a crise do Supremo Tribunal Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, reestruturou o Poder Judiciário brasileiro. A organização do Poder Judiciário está determinada no Capítulo III do Título IV da referida norma constitucional.

De acordo com as disposições constitucionais vigentes, são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça – criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho – incluído no rol pela Emenda Constitucional n. 92, de 12 de julho de 2016, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios⁹.

Na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, outra era a composição judiciária brasileira. Eram órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos e os Juízes Federais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes Eleitorais e os Tribunais e Juízes do Trabalho.¹⁰

Dentre os motivos para a transformação da estrutura judiciária, está a denominada crise do Supremo Tribunal Federal. Ao longo dos anos passados, a composição numérica de membros da Corte Suprema foi alterada diversas vezes. A Constituição da República de 1891

⁸ SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017, p. 56.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 1988.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 1967.

estabeleceu o número de quinze ministros para compor o Supremo Tribunal Federal¹¹. A Constituição da República de 1934 reduziu o número de ministros para onze¹². As Constituições de 1937¹³ e de 1946¹⁴ mantiverem o quantitativo de onze ministros, tendo o Ato Institucional n. 2/65 o elevado para dezesseis¹⁵ e a Constituição de 1967 mantido tal número¹⁶. O Ato Institucional n. 6/69 reduziu, novamente, a composição para onze juízes¹⁷, o que foi mantido pela Constituição Cidadã de 1988¹⁸.

A crise, entretanto, não se resolvia com a modificação do número de julgadores, pois o problema maior era a abrangência da competência constitucional atribuída à Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967¹⁹ tinha competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. Nesse último ponto, cabia ao Tribunal o julgamento do recurso extraordinário com abrangência maior do que a prevista na atual Constituição.²⁰

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância por outros Tribunais quando, além de outras hipóteses²¹, a decisão recorrida negasse vigência a tratado ou lei federal ou, ainda, quando desse à lei federal interpretação divergente da que lhe houvesse dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.²²

¹¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Art. 56.

¹² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Art. 73.

¹³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1937. Art. 97.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Art. 98.

¹⁵ BRASIL. **Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965**. Art. 6º.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967. Art. 113.

¹⁷ BRASIL. **Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Art. 1º.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 101.

¹⁹ Vide artigo 114 da Constituição da República federativa do Brasil de 1967.

²⁰ Idem.

²¹ Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal;

d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 1967.).

²² Vide nota anterior.

Tal previsão na norma constitucional foi o motivo que gerou, com o passar do tempo, a crise da Corte Suprema. Com tantas causas e recursos baseados na competência constitucionalmente definida, não era mais viável o julgamento dos processos com duração razoável.²³

Antes mesmo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, surgiu dentre os juristas uma preocupação com o estado do STF, de modo que procuravam uma solução para a excessiva quantidade de feitos no âmbito da Corte. Falava-se na necessidade de uma reforma do Poder Judiciário.²⁴

Em 1965, em mesa redonda de juristas na Fundação Getúlio Vargas, surgiu a ideia de se instituir um tribunal que desempenhasse algumas das funções do STF, o Tribunal Superior de Justiça. O cogitado seria um tribunal de instância federal com competência para julgar matéria que não guardasse natureza constitucional, pois, tratando-se de matéria constitucional, a competência para processo e julgamento seria reservada ao Supremo.²⁵

Em 1985, o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n. 2, a partir da qual o Regimento Interno da Corte restringiu sobremaneira a interposição do recurso extraordinário, sendo necessário arguir a relevância da questão versada no recurso²⁶. Não obstante, não constituiu uma solução efetiva para as dificuldades da Corte.

Estabeleceu-se, também, através de enunciados de súmula, a condição de prequestionamento da questão federal versada no recurso extraordinário para que este fosse conhecido. Tais acontecimentos dificultavam a interposição do recurso extraordinário e tinham por fim a diminuição de processos que alcançavam o julgamento do Supremo.²⁷ Carlos Mário da Silva Velloso relata que, com as restrições impostas à interposição do extraordinário, os tribunais dos estados colocavam-se como “autênticas cortes supremas estaduais” sem que houvesse o preparo para exercer tal papel.²⁸

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a instituição do Superior Tribunal de Justiça, que seria, à primeira vista, a solução para

²³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988.**

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

o abarrotamento do Supremo Tribunal Federal. Repartiu-se a competência antes incumbida apenas ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal Federal de Recursos, sendo criados, também, os cinco Tribunais Regionais Federais, que passaram a representar a segunda instância da Justiça Federal.

Atualmente, composta de trinta e três ministros, a Corte Superior de Justiça é responsável por zelar pela matéria federal infraconstitucional e tem sua competência definida no art. 105 da Constituição Federal.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas discorrem que, não obstante medidas tenham sido tomadas para sanar a crise do Supremo, todas, ao fim e ao cabo, serviram apenas como paliativos. Afirmam que a mera criação de mais um tribunal não resolveria o problema que se instalou, muito pelo contrário, o que se verifica agora é que não há mais um tribunal em crise, mas dois.²⁹

1.2 Tribunais superiores e (re)definição de seus compromissos jurídico-políticos a partir da norma constitucional vigente: tribunais superiores como centros de decisões políticas

A ordem constitucional estabelecida pela Constituição de 1988 coloca o Brasil em posição de Estado democrático de direito³⁰. A referida norma assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³¹.

No âmbito brasileiro, há a separação de poderes entre o Legislativo – que tem a função própria de elaborar leis, o Executivo – que tem a atribuição de executar, e o Judiciário – responsável por julgar lides. Entrementes, não há contemplação de todas as atribuições estatais dentro dos três poderes. O Estado possui uma função que não se encaixa no ato de

²⁹ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 478-80.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 1.º: A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...].

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, XXXV.

legislar, executar ou jurisdicionar, tal é a função política³². A função política é caracterizada pela escolha que deve ser realizada em temas fundamentais da sociedade³³.

No tocante aos tribunais, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “o Poder Judiciário faz política quando se proclama como *poder de defesa dos direitos do cidadão* contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como *o poder de revelação dos valores fundamentais* da comunidade”³⁴. As atribuições decorrentes do exercício da função política, entretantes, podem não achar-se exaustivamente previstas³⁵.

Com a adoção do sistema de *civil law*, o juiz no Estado brasileiro tem o dever de respeitar as normas legais. A partir da Magna Carta de 1988, contudo, a amplitude do conteúdo de direitos e garantias fundamentais, bem como a positivação de princípios constitucionais e a constitucionalização de direitos, que, por natureza, ensejam a atuação do Poder Judiciário para assegurar a sua efetividade, favoreceu a denominada judicialização da política ou politização da justiça³⁶.

Além da constitucionalização de direitos, que influi no aumento de demanda ao Judiciário, outro fator que influencia a atuação política dos tribunais é o crescimento institucional deste Poder, que tem garantias constitucionais que o colocam em paridade com o Executivo e o Legislativo, tais elementos resultam em uma significativa atuação dos tribunais em questões políticas e sociais³⁷.

Como todos os outros poderes, o Judiciário é representante do corpo social e, embora seus membros não sejam escolhidos diretamente por sistema eletivo, pelo fato de ser instituído em um Estado democrático de direito onde todo poder emana do povo, deve-lhe

³² PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 48-50.

³³ *Ibidem*, p. 56.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007, p. 90/91 - grifo no original.

³⁵ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 54.

³⁶ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 5. Número especial. 2015. p. 120.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 429.

satisfação³⁸. Desse modo é que os tribunais assumem importante papel no cenário da função política estatal.

Luís Roberto Barroso cita alguns casos emblemáticos que refletem as decisões políticas do Supremo Tribunal Federal em tempos recentes, tais como: a instituição de cotas para negros nas universidades públicas e melhorias no sistema prisional, no âmbito das políticas públicas; determinação de limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do *parquet* na investigação criminal, no âmbito das relações entre poderes; licitude da interrupção da gestação em casos de inviabilidade fetal e possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, no aspecto dos direitos fundamentais; determinação do valor máximo de reajuste do valor dos planos de saúde, em se tratando de questões corriqueiras dos cidadãos; dentre outros exemplos³⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno e a título exemplificativo, definiu que o estado de São Paulo instalasse duchas quentes nas unidades penitenciárias de seus presos, em se tratando de questões humanitárias e de direitos fundamentais; determinou o restabelecimento do sistema de plantão vinte e quatro horas na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e Juventude de Campo Grande, no âmbito das políticas públicas estaduais; entendeu pela possibilidade do casamento homoafetivo, por considerar que a orientação sexual não é motivo para a concessão ou cassação de direitos civis, isto no âmbito de efetividade dos direitos fundamentais.⁴⁰

Disso pode-se extrair, então, que o Poder Judiciário foi incumbido de lidar com as políticas decorrentes do Estado democrático de direito a partir da previsão constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição em conjunto com a ampliação de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

1.3 Tribunais superiores e princípio da igualdade: um importante registro ao fim maior das cortes de superposição

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 430.

³⁹ Ibidem. p. 430.

⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Judiciário, Políticas Públicas e limites de atuação: questões sobre ativismo e o papel do STJ**. Notícias. 2017.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua, em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No âmbito jurisdicional, a desigualdade pode ocorrer quando da interpretação e aplicação das leis. Assim é que os tribunais superiores possuem o relevante papel de promover a concretização da igualdade enquanto direito fundamental.

A ampliação dos direitos fundamentais, a previsão de cláusulas abertas na norma constitucional e o uso de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados impedem a aplicação mecânica da lei⁴¹. Em que pese tal afirmação, não significa que isso seja um aspecto negativo no âmbito jurídico.

Os conceitos vagos, em verdade, podem ser melhores que os conceitos precisos, dado que, por vezes, alcança-se maior perfeição na aplicação daqueles⁴². É a partir da aplicação constante do direito que os conceitos vagos adquirem contornos de certeza acerca de seu significado⁴³.

As cláusulas gerais, por sua vez, são mais complexas que os conceitos vagos, pois abrangem princípios⁴⁴ e são destinadas primariamente ao legislador, que exerce sua função típica limitado pelas disposições constitucionais⁴⁵. Em segundo plano, as cláusulas gerais têm por destinatário o juiz, que pode decidir o caso concreto com base em cláusula geral, desde que não haja solução positivada para aquele tipo de situação⁴⁶, hipótese em que cria o direito⁴⁷. Nesse aspecto, é importante que a solução dos casos concretos semelhantes ou idênticos, por parte dos juízes e tribunais, se dê de forma isonômica.

⁴¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos: uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação final (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná/UFPR, p. 60.

⁴² ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 210.

⁴³ *Ibidem*. p. 215.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 220-1.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 230.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 232.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 235.

Em um Estado federado, cumpre registrar que o fim maior das cortes de superposição se revela no dever de, exercendo a sua jurisdição em todo o território nacional, darem tratamento igual a todos os seus jurisdicionados.⁴⁸

A Constituição Federal define a competência jurisdicional dos órgãos judiciários brasileiros de forma que incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais e pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a decisão recorrida se referir a uma das hipóteses previstas no art. 105, III, da CF, sendo reservada ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância por qualquer tribunal, dentro das possibilidades elencadas no art. 102, III, da CF⁴⁹. Assim é que os tribunais de superposição sanam eventuais divergências entre tribunais regionais e/ou tribunais de justiça, concedendo tratamento igual aos jurisdicionados no âmbito nacional.

1.4 Estado constitucional, força normativa da Constituição e Corte Suprema: a tutelabilidade da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal

O Estado constitucional tem a Constituição como norma jurídica e superior. A Carta Magna de 1988, que institui a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito, rompeu com a ideia de que a Constituição ocupa o lugar de carta essencialmente política, tornando-se, assim, norma jurídica, dotada de força vinculante e caráter obrigatório⁵⁰.

No sistema jurídico brasileiro, por estar o país ainda em desenvolvimento, é evidente a necessidade de tutela da Constituição a fim de resguardá-la de violações. Ao Supremo Tribunal Federal foi dada, então, a função precípua de atuar como guardião da Carta Maior⁵¹.

⁴⁸ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 74.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 302.

⁵¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.).

Nesse aspecto, quanto mais houver segurança de inviolabilidade das normas constitucionais, tanto mais haverá força normativa da Constituição⁵².

A força normativa da Constituição afirma-se também na proporcionalidade entre seu conteúdo e contexto social do presente. A norma constitucional tem maior força normativa quando tem mais correspondência com as demandas a ela contemporâneas. Sendo assim, a possibilidade de adaptação das previsões constitucionais às constantes modificações político-sociais reafirma sua superioridade normativa.⁵³

Tal adaptação, entretanto, deve ocorrer com base em poucos princípios fundamentais com conteúdos adequáveis ao desenvolvimento social, uma vez que revisões constitucionais recorrentes podem causar o efeito contrário, ou seja, podem levar à redução da força normativa⁵⁴. Segundo Konrad Hesse, “a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na inquebrantabilidade da Constituição, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição”⁵⁵.

Ademais, a força normativa da Constituição revela-se mais intensa a partir da prática. Nesse aspecto, Hesse explica que, ainda que necessário se faça renunciar a alguns benefícios que sejam considerados justos, a norma constitucional deve sempre prevalecer, pois deixar de aplicá-la aos poucos pode causar a perda da respeitabilidade da norma maior do Estado constitucional e de sua vontade.⁵⁶

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, no contexto constitucional do Brasil, exerce precipuamente a tutela da Constituição. A esse tribunal, desempenhando sua função precípua, compete a guarda das normas constitucionais, de modo a assegurar sua inviolabilidade. Isso mostra que a função da Corte Suprema é de importante relevância para o Estado constitucional brasileiro, em especial porque, a partir de 1965, o controle de constitucionalidade tornou-se híbrido, ou seja, existe tanto o controle de constitucionalidade

⁵² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung). p. 24.

⁵³ Ibidem, p. 20-1.

⁵⁴ Ibidem, p. 20-1.

⁵⁵ Ibidem, p. 22 (com adaptações).

⁵⁶ Ibidem, p. 21.

difuso, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, quanto o controle de constitucionalidade concentrado, que é atribuição do Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

Com a Carta de 1988, que inovou ao extinguir o Tribunal Federal de Recursos, instituir o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, estabelecer o princípio da inafastabilidade da jurisdição e expandir os mecanismos do controle de constitucionalidade, a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal cresceu⁵⁸. Tal afirmação deve-se ao fato de que a atual Constituição ampliou o rol de legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Mandado de Injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵⁹.

Acerca da instituição do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, embora a Constituição tenha atribuído ao Superior Tribunal de Justiça a competência sobre matéria federal infraconstitucional, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal se expandiu⁶⁰, uma vez que cabe a ele julgar recurso extraordinário interposto contra decisões dos outros órgãos da jurisdição, nos limites do inc. III do art. 102 da Carta de 1988. Acresce-se a tais circunstâncias o fato de que a norma constitucional alargou as matérias expressas na Constituição, isto é, elevou a nível constitucional uma multiplicidade de direitos⁶¹.

Pode-se afirmar, assim, que a Corte Suprema exerce a tutela da Constituição tanto quando do exercício de sua competência originária quanto quando do exercício de sua competência recursal ordinária e extraordinária. É importante destacar que, no âmbito das competências originária e recursal ordinária, o STF julga matérias de natureza infraconstitucional. Com o desempenho de tal mister, preservam-se o Estado constitucional e a força normativa da Constituição.

1.5 Estrutura federada do Estado e Superior Tribunal de Justiça: a defesa da ordem jurídica infraconstitucional federal

⁵⁷ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 312-3.

⁵⁸ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 204.

⁵⁹ Ibidem, p. 205.

⁶⁰ Ibidem, p. 205.

⁶¹ Ibidem, p. 204.

O Brasil, Estado federado, é formado por entes que detêm autonomia, mas que não são absolutamente independentes. O federalismo é um meio de limitação do poder, onde cada ente federado tem suas competências, contudo, a competência máxima é da União⁶², ou seja, há um sistema verticalizado de competências constitucionalmente definidas em que a União ocupa o lugar mais alto. Em consequência, os tribunais com jurisdição em todo o território nacional têm a incumbência de zelar pela uniformização do direito.

Como aduzido ao longo do tópico 1.1, o Superior Tribunal de Justiça, também conhecido como Tribunal da Cidadania, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 – art. 92, inciso II, da CRFB/88⁶³ – e tem composição e competência delineadas nos artigos 104 e 105. Anteriormente à sua instituição, havia o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Federal de Recursos⁶⁴.

O Supremo Tribunal Federal precisava reduzir o seu volume de tarefas, uma vez que já era sobrecarregado com atribuições de magnitude mais alta⁶⁵. Surgiu, então, o STJ, ao qual se atribuiu competência para cuidar de causas federais infraconstitucionais, o que fez com que o STF assumisse a posição de tribunal cuja função precípua é a guarda da Constituição.

Previu-se, com a CFRB/88, o recurso especial, cujo objeto era anteriormente abrangido pelo recurso extraordinário, propriamente dito, de competência do STF. Essa espécie recursal estabeleceu a divisão entre as competências constitucionais e infraconstitucionais entre o STF e o STJ, respectivamente. Cabe ao Superior Tribunal, assim, julgar a matéria infraconstitucional federal, uniformizando sua interpretação em todo o território da federação.

⁶² PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 73.

⁶³ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

[...]

II – o Superior Tribunal de Justiça;

[...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.).

⁶⁴ Superior Tribunal de Justiça. Institucional. **Histórico**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes. Acesso em: 23 mar. 2019.

⁶⁵ Idem.

O Superior Tribunal cumpre, então, o mister de realizar o filtro das diversas decisões proferidas em determinado assunto por tribunais federais e tribunais dos estados, de forma a manter a unidade do direito federal infraconstitucional no território nacional ou, como afirma Sidnei Beneti, “realizar a extração do sentido essencial da interpretação dos textos das leis infraconstitucionais”. Por tais fatos, os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça exorbitam o interesse dos litigantes, abarcando o interesse de toda a sociedade brasileira.⁶⁶

1.6 Importância da efetividade das competências atribuídas aos tribunais de superposição para a afirmação de um Estado socialmente equilibrado: o papel dos recursos extraordinários na afirmação da função universalizadora dos tribunais superiores

Como tratado anteriormente no tópico 1.5, a República Federativa do Brasil, já esclarece o nome, é um Estado federado, que possui entes com autonomia relativa. Nesse cenário, a interpretação de controvérsias de âmbito constitucional e federal infraconstitucional deve ser competência de tribunais com jurisdição em todo o território nacional, pois permitir que os tribunais estaduais e os tribunais regionais interpretem questões federais de forma definitiva é absolutamente inviável, uma vez que a decisão de um não pode valer para os outros⁶⁷.

Pois bem, os tribunais superiores, que detêm jurisdição sobre todo o território da nação, são encarregados de promover o equilíbrio social do Estado de forma universalizada. No Brasil, a competência para uniformizar o entendimento acerca de questões jurídicas no território nacional é dividida entre o STF e o STJ. Anteriormente, o STF cuidava de manter a uniformidade do direito federal constitucional e infraconstitucional. Com a Constituição de

⁶⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça**. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, abril/2014, p. 222.

⁶⁷ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007, p. 74.

1988, entretanto, o STJ passou a velar pela matéria federal infraconstitucional, o que reduziu a competência do STF, mas não o número de recursos extraordinários interpostos.⁶⁸⁶⁹

Os recursos para os tribunais de cúpula, no curso da história, foram dotados das funções uniformizadora e nomofilática. No momento contemporâneo, suas funções são elencadas pela doutrina em dikelógica e paradigmática.⁷⁰

A função nomofilática dos recursos extraordinários, antes conceituada estritamente como “proteção da letra da lei”, significa a “manutenção da inteireza do direito”⁷¹. A função uniformizadora, a seu turno, diz respeito à busca de uniformidade na interpretação de regras, como também de princípios, em observância aos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade⁷². Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que a função uniformizadora não diz respeito à prevalência da literalidade da lei, significa, em verdade, a interpretação uniforme do direito⁷³.

A função dikelógica relaciona-se à aplicação adequada do direito ao caso submetido ao tribunal, buscando a justiça com o uso da razão⁷⁴. A função paradigmática, também denominada persuasiva, decorre da vinculação dos juízos e tribunais inferiores às decisões proferidas pelos órgãos de cúpula⁷⁵. No Brasil, embora a vinculação aos precedentes não seja a regra do sistema jurídico, e sim a observância às leis, tal função encontra-se concretizada, por exemplo, no art. 926 do Código de Processo Civil de 2015⁷⁶.

A uniformização do direito por parte das Cortes Superiores, através dos recursos extraordinário e especial, proporciona um Estado socialmente equilibrado. Isso resulta na previsibilidade e estabilidade do entendimento acerca de questões jurídicas, o que permite que

⁶⁸ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 313 e 317.

⁶⁹ Os dados estatísticos de recebimento de processos no STF, por classe e a partir de 1990, podem ser consultados por meio do seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>.

⁷⁰ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 322.

⁷¹ *Ibidem*. p. 303-4.

⁷² *Ibidem*. p. 325.

⁷³ *Ibidem*. p. 326.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 330.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 333.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 333 e 339.

os jurisdicionados tomem decisões conhecendo o entendimento das Cortes de superposição sobre o resultado de suas ações e, conseqüentemente, favorece o aspecto econômico do país.⁷⁷

1.7 Considerações finais em torno do tema: um olhar para o neoconstitucionalismo

Inicialmente, cabe ressaltar que as leis passaram a ser interpretadas pelos juízes através da perspectiva constitucional. A interpretação jurídica é a atribuição de sentido às normas, que tem por fim encontrar a solução para o caso concreto⁷⁸ e deve ser realizada com fundamento nas prescrições constitucionais. Isso porque a constitucionalização do direito expandiu o conteúdo material e axiológico da Constituição Federal⁷⁹.

No Brasil, em um sistema de *civil law*, os julgamentos proferidos por quaisquer juízes corrigem a legislação a partir dos direitos fundamentais. Nesse cenário, ante a necessidade de previsibilidade jurisdicional “e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não se pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes Supremas – isto é, do STJ e do STF”⁸⁰.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁸¹ das leis pode ser exercido de duas formas: preventiva e repressiva. Na forma repressiva, o controle de constitucionalidade de uma norma já existente no ordenamento é exercido pelo Poder Judiciário e pode se dar por dois meios: abstrato e concreto.⁸²

O controle abstrato é o meio de análise de compatibilidade entre a norma objeto e a norma parâmetro (Constituição Federal) por via de ação⁸³, ou seja, por meio das ações

⁷⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos: uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação final (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná/UFPR. p. 155.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 304.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 390-1.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.64.

⁸¹ O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade será abordado em maior extensão adiante (2.4).

⁸² SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122-3.

⁸³ *Ibidem*, p. 133.

constitucionais apropriadas para tanto⁸⁴. Por sua vez, o controle de constitucionalidade concreto é exercido como questão incidental em processo cujo objeto principal não é o controle de constitucionalidade da norma⁸⁵. Também chamado de controle difuso, esse último é o meio pelo qual qualquer julgador pode analisar a constitucionalidade de uma lei.

No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, segundo Marinoni, todo e qualquer juiz detém o poder de “conferir significado aos direitos fundamentais”⁸⁶. Ao analisar a questão sob o prisma do constitucionalismo, ele afirma que o direito não se encontra mais apenas na lei.

Uma vez dependentes de interpretação constitucional, as leis têm sua validade controlada pela jurisdição com base nos direitos fundamentais assegurados na Magna Carta⁸⁷. Entrementes, Marinoni adverte que inexistente racionalidade em conceder a todo e qualquer juiz tal poder e desobrigá-lo a seguir a palavra final da Corte Suprema⁸⁸, que é responsável pela tutela da Constituição.

Em estudo sobre a compatibilidade entre a *civil law* e a adoção do sistema de precedentes, Rodrigo Cunha Mello Salomão discorre que o neoconstitucionalismo aproximou a atividade dos magistrados nos sistemas de *common law* e de *civil law*, considerando o seguinte:

- i) tendo a Constituição adquirido *status* de norma jurídica, fez-se necessário que os juízes passassem a interpretar as leis de forma a adequá-las aos preceitos constitucionais, deixando de ser uma função mecânica de mera subsunção do fato à norma;
- ii) como consequência disso, mostrou-se necessária a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis, o que conferiu amplos poderes aos magistrados (principalmente no Brasil, diante do controle concreto-difuso);

⁸⁴ Sobre a competência para o processo e julgamento das ações constitucionais de controle de constitucionalidades:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.).

⁸⁵ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 125.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.55.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 57.

iii) e, por fim, a baixa densidade normativa das normas constitucionais passou a demandar um papel mais ativo dos aplicadores do direito diante dos conceitos indeterminados.⁸⁹

Com o Estado constitucional, o juiz não mais ocupa o lugar de mero observador da lei. Luiz Guilherme Marinoni assevera que

há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer — ou talvez tornar irrelevante — o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.⁹⁰

Insta salientar que as leis não são prescrições absolutamente completas, o que torna necessário preencher suas eventuais lacunas quando da análise de uma situação concreta. Do mesmo modo, as denominadas cláusulas gerais, que são normas do ordenamento jurídico que possuem conceitos vagos, permitem ao juiz escolher a solução adequada à justiça de um caso concreto⁹¹.

A produção legislativa, ademais, não alcança, muitas vezes, a evolução social, de modo que a interpretação jurisdicional viabiliza a aplicação das leis naquele momento e impede que as leis se tornem obsoletas. Como tratado anteriormente, as normas constitucionais do ordenamento jurídico, dotadas de princípios fundamentais adequáveis, necessitam de interpretação em conformidade com o contexto atual.

Sobre o neoconstitucionalismo, John Hart Ely expõe o seguinte:

Atualmente, o debate constitucional está dominado por uma falsa dicotomia: um lado afirma que devemos nos ater firmemente aos pensamentos daqueles que escreveram os trechos essenciais de nossa Constituição e considerar ilegais apenas as práticas que eles julgavam inconstitucionais, enquanto o outro assevera que, para que os tribunais possam controlar a legislação, eles devem ter autoridade para

⁸⁹ SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017, p. 59.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.61.

corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo. Cada um dos lados está interessado em sustentar a ideia de que essas são as únicas opções possíveis.⁹²

O positivismo jurídico defende o minimalismo judicial. Entretanto, o neoconstitucionalismo, fundado na influência da globalização, da evolução do direito, que não comporta mais o padrão normativo baseado na supremacia do Parlamento, exige do juiz a preocupação com a realização da justiça, atento à centralidade dos direitos fundamentais.

No contexto do neoconstitucionalismo, os magistrados exercem o pensamento e dizem o direito onde a lei não o faz, isto é, não devem se abster do direito legislado nem tampouco de interpretar o direito de acordo com o contexto e de forma sistemática, suprindo a deficiência legislativa ou solucionando a pluralidade de sentidos da norma. Surge, assim, a necessidade de uniformização de entendimentos, o que proporciona previsibilidade das decisões jurisdicionais e segurança jurídica para os cidadãos.

Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa discorrem que “a contenção da atividade criadora não é facilmente mensurada e tampouco pode ser eliminada em todo processo decisório”⁹³ e acrescentam que “um caminho possível para garantir a segurança e a previsibilidade das decisões é a aplicação, no Brasil, de sistemas de controle sobre a formação, produção e os resultados das decisões com base em um sistema de precedentes”⁹⁴.

Quando se fala em uniformização de entendimentos, deve-se levar em conta que a União, pessoa jurídica de direito público interno, possui três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Os três poderes da União são harmônicos e independentes entre si⁹⁵ e funcionam exercendo controle sobre as funções uns dos outros⁹⁶.

Para preservar a harmonia constitucionalmente prevista, quando do controle de leis realizado pelo Poder Judiciário, não há como ter pluralidade de decisões sobre a validade das

⁹² ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. IX.

⁹³ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 5. Número especial. 2015, p. 124.

⁹⁴ Ibidem, p. 124.

⁹⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.).

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.73.

leis⁹⁷, em outras palavras, não há viabilidade de existência de dois posicionamentos acerca da validade de uma norma. Ou uma lei é válida, ou é inválida. E isso torna imprescindível um compromisso por parte dos magistrados com os precedentes, pois, do contrário, resulta em uma “demonstração clara de ausência de compreensão institucional”⁹⁸ e evidencia a prevalência do interesse pessoal do magistrado no resultado do julgamento⁹⁹. Ao decidirem de forma universalizada, os magistrados compartilham o exercício da jurisdição¹⁰⁰.

Ao discutir o assunto, Luiz Guilherme Marinoni discorre que o sistema de *civil law* considerou a utopia de que decisões jurisdicionais vinculadas ao texto normativo traria segurança e previsibilidade jurídica, em suas palavras:

O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Ora, isto significa que, nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz apenas poderia declarar as palavras da lei, aceitou-se naturalmente que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar, exatamente nos precedentes, ou melhor, no *stare decisis*.¹⁰¹

Marinoni explica que não há que se pensar que o *civil law* se caracteriza por uma completude de legislação, nem que no *common law* o Poder Legislativo é inativo. O que difere um e outro é justamente a ideia do quanto há liberdade na atuação do juiz, ou seja, o espaço que é dado ao juiz para exercer o pensamento¹⁰². O referido autor assevera que:

se alguma diferença pode ser vista entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está na *ideologia* subjacente à ideia de código.
[...]

A segurança e a igualdade, postuladas na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir, num modelo transformado pelo constitucionalismo, o sistema de precedentes, estabelecido para tutelar a segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).¹⁰³

Cabe mencionar o que Norberto Bobbio explica acerca da interpretação:

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

⁹⁸ Ibidem, p. 74.

⁹⁹ Ibidem, p. 103.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 109.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

Fala-se de interpretação estática e dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais.¹⁰⁴

Pode-se afirmar, então, que, a partir do constitucionalismo, o juiz realiza a interpretação denominada por Bobbio de dinâmica, ou seja, aquela que busca dar à lei o sentido exigido pelas circunstâncias do contexto em que a interpretação é feita.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que, tanto no sistema de *common law* como no de *civil law*, “o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade”¹⁰⁵. Assim é que o juiz não pode desapontar os jurisdicionados¹⁰⁶, de modo que, ao interpretar a lei, deve fazê-lo de maneira previsível.

Rodrigo Cunha Mello Salomão, considerando *common law* e *stare decisis* fenômenos distintos, comenta que “o *stare decisis*, concebido com o desenvolvimento da doutrina dos precedentes, é um fenômeno distinto e posterior ao *common law*”¹⁰⁷. Apesar de o *common law* “caracterizar-se como um ordenamento construído a partir de soluções de cada caso concreto (*case law*), estas decisões judiciais não eram dotadas de efeito vinculante desde o começo”¹⁰⁸, característica que, segundo o mencionado autor, só foi adquirida no decorrer da evolução dos precedentes, isto é, com o surgimento do *stare decisis*. Assim, aduz que “o sistema de precedentes vinculantes não é algo inerente e exclusivo da tradição jurídica da *common law*, sendo possível sua adequação aos sistemas romano-germânicos”¹⁰⁹.

Cumpra registrar, nesse ponto, a distinção entre dois institutos: precedente e jurisprudência. Alexandre Freitas Câmara afirma que a jurisprudência se caracteriza por um conjunto de decisões proferidas pelos tribunais em uma mesma matéria e em um mesmo sentido. Enquanto que precedente configura uma decisão judicial que, proferida em um caso concreto, serve de base para decisões posteriores¹¹⁰. Contudo, há uma relação entre os conceitos. O referido autor assevera que “há ligação entre o conceito de precedente e o de

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 172. p. 121. Jun/2009, p. 1.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 4.

¹⁰⁷ SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017. p. 57.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 57.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 57.

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 432-3.

jurisprudência”, pois, “a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um *precedente*”¹¹¹.

Ante o crescimento da teoria da interpretação e a expansão do Poder Judiciário no Estado Constitucional, as Cortes Suprema e Superiores, cada uma nos limites de sua competência, passaram a exercer a função de dar sentido ao direito e adequá-lo às demandas sociais. A atribuição de sentido ao direito pressupõe o debate sobre questões jurídicas, com a finalidade de chegar à denominada *ratio decidendi* ou razão para a decisão¹¹².

A *ratio decidendi* “é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”¹¹³. Apesar de encontrar-se na fundamentação do julgamento, a razão da decisão não se confunde com a fundamentação. A razão da decisão é o ponto interpretativo da fundamentação que tem força vinculante, mas a fundamentação pode conter outras teses¹¹⁴, aquelas que demonstram o raciocínio para se chegar à *ratio decidendi*, configurando a denominada *obiter dicta*¹¹⁵¹¹⁶.

O termo jurisprudência nomeia a pluralidade de decisões sobre casos concretos concernentes a uma mesma questão jurídica. O precedente, por sua vez, é a decisão em um caso singular anterior que guarda relação de identidade ou semelhança entre os fatos do caso concreto a ser analisado. Assim, quando ocorre “a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso”¹¹⁷. O precedente judicial, então, deve ter identidade ou analogia com o caso concreto em que há de ser aplicado e, por isso, basta uma decisão anterior apta a ser aplicada para justificar outra¹¹⁸.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 433.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 289-90.

¹¹³ *Ibidem*, p. 162.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 162.

¹¹⁵ Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

[...] (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.).

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 51. ed. rev., e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 820.

¹¹⁷ ALVIM, Angélica Arruda. ASSIS, Araken de. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. **Comentários ao Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015**. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 1.062.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Outro ponto interessante é que a jurisprudência é característica do período histórico em que as Cortes Supremas funcionavam como cortes de correção¹¹⁹. Ao funcionarem como cortes de revisão, as Cortes Supremas enunciam julgamentos múltiplos sobre casos similares ou idênticos, o que torna possível o surgimento de conflito de entendimentos. Nesse contexto, a solução é buscar a consolidação de uma jurisprudência uniforme sobre temas, a fim de assegurar a unidade do direito¹²⁰.

Por outro lado, o precedente judicial tem relação intrínseca com o arcabouço fático da questão em julgamento. É o delineamento da questão fática que permite, posteriormente, o juízo sobre a aplicação ou não do precedente a outro caso, visto que permite a verificação de semelhança ou identidade de casos, isto é, da similitude fática entre o caso concreto e o precedente judicial que demonstre a aplicabilidade da interpretação neste firmada¹²¹.

O processualista civil Fredie Didier Jr., ao discutir os elementos de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, afirma que “o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto”¹²², visto que “não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação”¹²³.

Em suma, a teor das indicações doutrinárias analisadas, precedente é a solução de um caso concreto, com diálogo argumentativo de teses, que resulta em uma fundamentação na qual consta a razão de decidir, sendo suficiente para embasar o julgamento de outro caso semelhante ou idêntico ao primeiro.

A visão crítica à sistemática de precedentes argumenta que as questões jurídicas necessitam de discussão. Por isso, a aplicação de precedentes tem o condão engessar a argumentação jurídica. Nas palavras de José Maria Rosa Tesheiner, tornar os precedentes em decisões vinculantes, independentemente de sua fundamentação, é

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 289.

¹²⁰ Ibidem, p. 289.

¹²¹ Ibidem, p. 289-90.

¹²² DIDIER JR., Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes. 2 ed. Capítulo 17. Juspodivm. 2016, p. 391.

¹²³ Ibidem, p. 390.

uma idéia essencialmente autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora: autoritária e antidemocrática, porque o Direito se desenvolverá a partir de decisões de uns poucos Ministros dos tribunais superiores; por igual razão, centralizadora, acabando-se com o que ainda resta de federação no Brasil, porque nosso Direito, que já é praticamente todo federal, será obrigatoriamente interpretado de maneira igual, independentemente das condições locais; culturalmente empobrecedora, porque as questões jurídicas já não serão objeto de debate – bastará, em cada caso, apontar para a última decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.¹²⁴

Tesheiner posiciona-se contra a sistemática de precedentes por entender que esse tipo de sistema elimina o debate jurídico de temas, debate o qual considera uma qualidade dos operadores do direito¹²⁵.

Em contraponto, Luiz Guilherme Marinoni defende que “o juiz não perde a liberdade por estar submetido ao que já decidiu ou às decisões dos tribunais superiores”¹²⁶, afirmação que encontra respaldo no fato de que os membros do Poder Judiciário têm o dever de manter a coerência na elaboração de decisões.

Em um sistema de precedentes, há técnicas que permitem a distinção entre caso concreto e precedente invocado, são elas o *overruling* e o *distinguishing*. Em verdade, esses instrumentos asseguram o livre convencimento e a independência do juiz, pois ele pode deixar de aplicar o precedente se demonstrar o não cabimento da aplicação ou afastá-lo por estar superado, seja por evolução legislativa, seja por evolução social¹²⁷.

A técnica do *distinguishing* deve ser utilizada quando o julgador verificar que entre o precedente e o caso concreto no qual há de proferir a decisão há diferença capaz de afastar a aplicação do precedente naquele caso específico¹²⁸. Por sua vez, *overruling* é uma técnica de superação de determinado precedente. Aqui, faz-se necessária a fundamentação com argumentos minuciosos, pois se trata de um afastamento definitivo da aplicação de um precedente, uma vez que este não mais atende ao contexto social ou mesmo porque se verifica que a *ratio decidendi* do precedente não é correta¹²⁹.

¹²⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Contra os precedentes obrigatórios**. Páginas de direito. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹²⁷ BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no Novo Código de Processo Civil: a valorização do *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro**. Revista de Processo. Vol. 253. Março de 2016.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

Identificada a distinção entre o precedente e o caso em análise, o julgador poderá deixar de aplicar o precedente, desde que o faça fundamentadamente, de modo que demonstre a não aplicabilidade, o que evidencia que o magistrado não perde seu livre convencimento, mas assegura a tutela efetiva de direitos iguais de forma igualitária¹³⁰. Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa afirmam que “o enquadramento do caso ao precedente é obra do magistrado”¹³¹, de modo que o julgador se mantém livre para exercer sua função precípua, qual seja, julgar, demonstrando a não aplicação do precedente e mantendo a coerência do sistema jurídico¹³².

Cumprido ressaltar, nesse ponto, a questão argumentativa. A modificação do resultado de recursos repetitivos, súmulas e jurisprudência pacificada requer a devida fundamentação, ou seja, a fim de assegurar uma prestação jurídica dotada de isonomia, proteção da confiança e segurança jurídica, a mudança das conclusões acerca de um tema carrega o ônus da argumentação. Dessa forma é que os precedentes e a jurisprudência emanada de determinado tribunal terão sua estabilidade assegurada¹³³.

Em observância aos aspectos abordados, considerando o papel de intérprete que o neoconstitucionalismo concedeu ao juiz, observa-se que um sistema que proporcione estabilidade, previsibilidade de decisões judiciais e tratamento isonômico na resolução de questões jurídicas é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, o qual foi implantando no Brasil pela Carta Magna de 1988 e desenvolvido ao longo destes anos. Nesse âmbito, Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa discorrem que

a adoção de um sistema de precedentes parece ser o melhor caminho para compatibilizar a segurança, a previsibilidade e a justeza do processo decisório que respeita regras infraconstitucionais, mas também valoriza os princípios constitucionais e, dessa forma, a efetividade da Constituição.¹³⁴

Como visto anteriormente, o papel das cortes de superposição revela-se em uniformizar, através dos recursos extraordinários e das ações de controle de

¹³⁰ BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no Novo Código de Processo Civil: a valorização do *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro**. Revista de Processo. Vol. 253. Março de 2016.

¹³¹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 5. Número especial. 2015. p. 127.

¹³² Ibidem.

¹³³ ALVIM, Angélica Arruda. ASSIS, Araken de. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. **Comentários ao Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015**. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 1.063.

¹³⁴ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 5. Número especial. 2015. p. 127.

constitucionalidade, principalmente aquelas das quais derivem decisões com efeito vinculante, o entendimento do direito em todo o território nacional. Não se pode olvidar, então, que as decisões por elas proferidas têm caráter de obrigatoriedade para os juízos e tribunais inferiores. Como afirma Marinoni, “os juízes e tribunais simplesmente não podem deixar de respeitar os precedentes que definem o sentido do direito federal constitucional e infraconstitucional”¹³⁵.

Em uma sociedade democrática de direito, a busca pela igualdade deve ser visualizada em todas as esferas, não sendo diferente quanto às questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Ser tratado igualmente perante o direito é compreendê-lo não somente como sendo a lei, mas como sendo também o direito pronunciado pelas Cortes Suprema e Superiores. Daí surge a exigência de eficácia obrigatória dos precedentes, que não é uma exigência abstrata, mas concretamente relacionada ao tratamento uniforme assegurado pela Constituição¹³⁶.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 100.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

2 O Superior Tribunal de Justiça – como corte de precedentes –, a jurisprudência e a (im)possibilidade de reflexões acerca de questões constitucionais na hermenêutica do direito federal infraconstitucional

O neoconstitucionalismo inseriu na atividade dos julgadores o papel de intérprete da legislação, ainda que se trate de sistema de *civil law*, uma vez que a evolução social não pode ser acompanhada pelo legislador e a solução jurídica de casos deve ter conformidade com a Constituição e com o contexto em que é proferida¹³⁷.

Como abordado no capítulo anterior, no sistema jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional responsável pela interpretação da matéria federal infraconstitucional. Sua competência abrange todo o território nacional e, por tal razão, a interpretação por ele realizada em determinada questão deve ter em vista a uniformidade da matéria sujeita à sua competência.

Com estas considerações, passa-se a analisar alguns aspectos pertinentes à atuação do Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes e à reflexão de questões constitucionais no recurso especial, colacionando as perspectivas jurisprudenciais do tribunal em torno do tema.

2.1 Um olhar sobre a competência conferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição da República: a instituição de tribunal superior (não especializado) precipuamente destinado à tutelabilidade do direito federal infraconstitucional

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição da República Federativa de Brasil de 1988¹³⁸. A competência do tribunal está delineada no art. 105 da referida norma constitucional, sendo dividida em competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária – julgamento de casos em sede de recurso especial. Esta última é que será analisada detidamente.

¹³⁷ O assunto foi abordado com maior extensão na subseção 1.7.

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 92, II.

A Constituição Federal reservou à Corte Superior a competência para julgamento de matéria federal infraconstitucional. De acordo com as disposições constitucionais, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento, mediante recurso especial, das causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e/ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal¹³⁹.

A norma constitucional que estabeleceu a competência do tribunal, entretanto, não lhe atribuiu uma especialização dentro da matéria federal infraconstitucional. Algumas matérias especiais, em verdade, são de competência do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar¹⁴⁰.

A tutelabilidade da matéria federal infraconstitucional comum, isto é, que não for de competência dos órgãos jurisdicionais especializados incumbe, então, precipuamente, ao Superior Tribunal de Justiça, que vela pela segurança jurídica e coerência do sistema jurídico, mediante a interpretação uniforme da matéria de sua competência em todo o território nacional.

É neste ponto que os papéis de corte de interpretação e de corte de precedentes se evidenciam, pois “é absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação de lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplicá-la de modo diferente”¹⁴¹, eis que tal situação resultaria na negação da razão de ser da Corte Superior¹⁴².

Cumprindo ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça não tem atribuição de corte de correção. Luiz Guilherme Marinoni adverte que, cumprindo o papel de corte de interpretação, o exercício da jurisdição pelo tribunal “requer filtros recursais de maior calibre, nos moldes da repercussão geral”¹⁴³, de modo a permitir a igualdade no que concerne ao direito judicial, ou

¹³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 105, III,

¹⁴⁰ Vide arts. 111, I, 111-A, 118, I, 121, 122, I, e 124 da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 315.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 316.

seja, proporcionar a isonomia da interpretação judicial, sendo uma corte direcionada ao “desenvolvimento do direito”, e não à revisão de decisões dos tribunais inferiores¹⁴⁴.

Sobre o assunto, tramita¹⁴⁵ no Congresso Nacional a emenda à Constituição n. 10 de 2017¹⁴⁶, conhecida como “PEC da Relevância”, de autoria da Câmara dos Deputados, cujo objetivo é inserir o § 1º no art. 105 da Constituição Federal, atribuindo à parte que interpuser recurso especial o dever de demonstrar a relevância da questão federal infraconstitucional discutida. A alteração sugere o seguinte teor:

“Art. 105.
 § 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.”¹⁴⁷

Entrementes, segundo informações do próprio sítio eletrônico do Senado Federal, onde tramita atualmente a proposta, a maior parte dos cidadãos que se manifestaram sobre a matéria não apoia a proposta legislativa¹⁴⁸. Tal fato decorre, talvez, da visão de que o Superior Tribunal de Justiça funciona como corte de correção das decisões dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça.

2.2 Competências existenciais do Superior Tribunal de Justiça destinadas à garantia de aplicabilidade e de inteireza do direito federal infraconstitucional, assim como à sua uniformização, e instrumentos dirigidos à efetivação de tais competências: ênfase no estudo do recurso especial e do disciplinamento constitucional

O recurso especial surgiu com a instituição do Superior Tribunal de Justiça, na Constituição de 1988. O recurso especial é um desdobramento do recurso extraordinário em

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 316-7.

¹⁴⁵ Em consulta realizada no dia 10/8/2019, o último local da emenda é a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), desde 19/2/2019, e o último estado é matéria com a relatoria, desde a mesma data.

¹⁴⁶ Número na Câmara dos Deputados: PEC n.º 209/2012.

¹⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 10, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/128403>. Acesso em: 19 mai. 2019.

¹⁴⁸ 31 votos a favor e 76 votos contra; data referência: 20/5/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=128403>.

sentido estrito¹⁴⁹, pois as causas que ensejam recurso especial justificavam, anteriormente, a interposição de recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal disciplina em seu art. 105, III, o cabimento de recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. A este cumpre “definir o sentido atribuível à lei federal”¹⁵⁰.

Como explicitado no tópico 2.1, a norma constitucional estabeleceu que, mediante recurso especial, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e/ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.¹⁵¹

Vale dizer que a competência do Superior Tribunal de Justiça não se restringe ao julgamento de causas em sede de recurso especial. Contudo, é esta competência que será aqui abordada, por ser a via pela qual o tribunal desenvolve importante função, nomeadamente a de garantir a inteireza e a uniformização de entendimento atinentes ao direito federal infraconstitucional.

Pois bem, como se depreende das disposições constitucionais descritas acima, o recurso especial só pode ser interposto contra acórdão, ou seja, contra causas decididas pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, em única ou última instância, o que significa que não é cabível recurso especial em face de decisão de turma recursal.¹⁵²

O juízo de admissibilidade do especial, que se trata de recurso de fundamentação vinculada, “é um juízo de viabilidade”¹⁵³, uma vez que a admissão do recurso decorre, além da verificação dos requisitos extrínsecos, tais como tempestividade e preparo, da adequação

¹⁴⁹ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 451.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 316.

¹⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 105, III.

¹⁵² ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 453.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 452.

de sua fundamentação a uma das hipóteses de cabimento constitucionalmente previstas, ou seja, do requisito intrínseco próprio da espécie recursal.

O cabimento do recurso limita-se a três hipóteses, todas elas ligadas a matéria federal infraconstitucional e vinculadas, sendo possível a interposição do recurso especial apenas na ocorrência de pelo menos uma das três situações.¹⁵⁴

Cabe mencionar, na oportunidade, o que Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas discorrem sobre questão federal constitucional e questão federal infraconstitucional, pois, não raro, fala-se equivocadamente em questão constitucional e questão federal. Os autores advertem que não há diferença entre questão federal e questão constitucional¹⁵⁵.

O termo federal indica a origem da questão de direito que se discute, isto é, quando se fala em questão federal, quer-se dizer que é uma questão cuja fonte é o direito legislado pela União¹⁵⁶. A matéria constitucional e a matéria infraconstitucional, portanto, são federais.

Retomando o cabimento do recurso, na hipótese do art. 105, III, 'a', da CF, cabe o recurso especial para sanar contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que o termo “contrariar soa como mais grave do que negar vigência”¹⁵⁷. Contrariar é mais abrangente e abarca negar vigência, é um termo que indica a inexistência de interpretação razoável da lei federal¹⁵⁸. E lei federal, nesse âmbito, abrange lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal e decreto autônomo federal¹⁵⁹.

Com fundamento na alínea 'a', do referido dispositivo constitucional, então, é possível recorrer ao Superior Tribunal de Justiça com o fito de obter nova decisão com a correta interpretação e adequação da norma federal infraconstitucional ou tratado ao caso concreto.

¹⁵⁴ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 452.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 463.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 464.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.v. 3. p. 344.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 344.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 345.

Nos termos do art. 105, III, 'b', da CF, também será cabível o recurso especial contra acórdão de tribunal que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Em tal situação, há “um contraste entre o ato do governo local e uma norma federal”¹⁶⁰. A violação da lei federal, na hipótese da mencionada alínea, ocorreria porque, “se o ato de governo local foi julgado válido, significa que a lei federal restou afrontada”¹⁶¹.

Por último, mas não menos importante, está a hipótese do art. 105, III, 'c', da CF, que disciplina ser cabível o recurso especial contra acórdão que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, ou seja, quando houver divergência jurisprudencial entre tribunais. Didier Jr. e Cunha explicam que, em decorrência do dever de uniformização preconizado no art. 926 do Código de Processo Civil, não há que se falar em recurso especial para dirimir divergência dentro do mesmo tribunal¹⁶².

Importante ressaltar, também, que a Súmula n. 83/STJ enuncia o não cabimento de recurso especial quando a orientação do Superior Tribunal de Justiça se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Há divergência doutrinária acerca da autonomia da hipótese de cabimento da alínea 'c' em relação à alínea 'a'. De um lado, entende-se que a divergência entre tribunais ensejaria a atuação do Superior Tribunal de Justiça para emitir a palavra final. De outro lado, não obstante haja mais de uma interpretação jurisprudencial de lei federal por tribunais distintos, defende-se que, além de demonstrar a divergência, o recorrente deve demonstrar também que a decisão recorrida interpretou a lei federal de forma incorreta.¹⁶³

Didier Jr. e Cunha argumentam que o último posicionamento “esvazia o conteúdo do comando constitucional previsto na letra 'c'”¹⁶⁴, considerando que o objetivo da disposição constitucional é justamente o exercício, pelo Superior Tribunal de Justiça, do papel de corte uniformizadora do direito federal infraconstitucional comum.

Como tribunal superior, com jurisdição em todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para uniformizar interpretações divergentes entre

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. – Salvador: JusPodivm, 2016.v. 3. p. 346.

¹⁶¹ Ibidem. p. 346.

¹⁶² Ibidem. p. 347.

¹⁶³ Ibidem. p. 349.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 349.

tribunais regionais federais e entre tribunais de justiça, ou entre estes e aqueles, garantindo a aplicabilidade e inteireza do direito federal infraconstitucional.

2.3 Instituição do recurso especial repetitivo: fortalecimento do papel uniformizador da Corte Superior de Justiça e prenúncios de um sistema de precedentes obrigatórios (ou qualificados)

Em 2008, a Lei n. 11.672 instituiu o julgamento de recursos repetitivos, alterando o Código de Processo Civil de 1973 para incluir o art. 543-C¹⁶⁵. A crescente demanda aos tribunais superiores influencia a criação de meios de solução de conflitos em massa, como é o caso dos repetitivos, pelos quais processos que discutem a mesma questão ficam sobrestados até que se ultime o posicionamento do STJ acerca do tema. À solução de casos repetitivos, a doutrina dá a nomenclatura de tutela recursal pluri-individual¹⁶⁶.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas dissertam que, tendo em vista o sistema jurídico de *civil law* adotado pelo Brasil, a força de orientação jurisprudencial tende a aparecer conforme se torne reiterada e uniforme.¹⁶⁷

O Código de Processo Civil de 2015, quanto ao tema, definiu espécies de decisões e orientações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como deliberações a serem seguidas obrigatoriamente pelos juízes e tribunais – art. 927 do CPC¹⁶⁸.

Quanto à sistemática de julgamento de recursos especiais repetitivos, bem como de recursos extraordinários repetitivos¹⁶⁹, o Código de Processo Civil disciplinou a matéria pelo

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei n. 11.672**, de 8 de maio de 2008.

¹⁶⁶ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 543.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 541.

¹⁶⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.).

¹⁶⁹ O STF ainda não procedeu à regulamentação interna do julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Na prática, o que há é o recurso extraordinário com repercussão geral.

disposto nos arts. 1.036 a 1.041. Os acórdãos proferidos no julgamento de recursos repetitivos, conforme previsão no art. 927, III, do Código de Processo Civil, devem ser observados pelos juízes e tribunais.

A determinação contida no art. 927, III, inova no direito processual civil e, quanto aos acórdãos proferidos em julgamento de recurso especial repetitivo, fortalece o fim maior do Superior Tribunal de Justiça, que é uniformizar o entendimento do direito federal infraconstitucional.

Fale-se, quanto aos acórdãos descritos no art. 927, III, do CPC, em precedentes fortes¹⁷⁰. Tal expressão decorre do fato de que é cabível reclamação dirigida ao tribunal que proferiu o acórdão, a fim de garantir a observância do precedente ou quando não for observada a tese adotada no incidente¹⁷¹, consoante o disposto nos arts. 985, §1º, e 988, IV, do mencionado código. A reclamação, assim, é um “expediente de que se podem valer as partes para provocar a alteração de decisão judicial”¹⁷².

No processamento realizado conforme a sistemática dos recursos repetitivos, o presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia a ser submetida a julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no caso de recurso especial repetitivo, sendo eles afetados à sistemática e os demais recursos (processos), que tramitem no Estado ou na região e discutam idêntica questão de direito, ficarão suspensos.¹⁷³

Após a seleção dos recursos representativos da controvérsia e encaminhamento do feito para a instância de superposição, o relator do caso no tribunal superior, ao proferir decisão de indicar a afetação para o órgão colegiado, conforme determinação contida no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 256-I, identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão dos processos pendentes que versem sobre a questão e tramitem no território nacional¹⁷⁴.

¹⁷⁰ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 541.

¹⁷¹ Ibidem. p. 541.

¹⁷² Ibidem. p. 580.

¹⁷³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 1.036.

¹⁷⁴ Idem. Art. 1.037.

Referida função é importante na medida em que a questão de direito julgada no recurso representativo de controvérsia valerá para todos os outros cuja suspensão fora determinada, isto é, para todos aqueles que versarem sobre idêntica questão de direito, assim como para os processos futuros. Ademais, nos termos do art. 1.040, inciso IV, do CPC, 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.

Decidida a questão por meio dos recursos afetados, conforme determina o CPC, os órgãos colegiados devem ou declarar prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou decidi-los aplicando a tese firmada, conforme o caso.¹⁷⁵

2.4 Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: a importância sistêmica do instituto, as espécies, a competência, as características e a reserva de plenário – como regra para o controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais

O controle de constitucionalidade é um mecanismo destinado à manutenção da unidade e coerência do ordenamento jurídico.¹⁷⁶

No Estado constitucional, vige a supremacia da Constituição, o que significa que a Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico, de modo que todas as outras normas devem guardar compatibilidade com a norma maior. Assim, nenhuma lei ou ato normativo do Poder Público deve subsistir se violar a Constituição¹⁷⁷.

A Carta Magna estabelece princípios, protege direitos fundamentais, dispõe sobre a organização do Estado e dos Poderes, dentre tantas outras disposições, todas elas com importância tal que exigem sua inviolabilidade. Ana Paula de Barcellos assevera que

[a] noção de que determinadas normas seriam mais importantes e superiores às demais – não propriamente do ponto de vista jurídico, mas sob uma perspectiva histórica, cultural, política e/ou moral – é milenar, embora em

¹⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 1.039.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 23.

geral nenhum mecanismo de controle organizado existisse para garantir essa superioridade.¹⁷⁸

Em decorrência da superioridade das normas constitucionais, estas são dotadas de maior rigidez, uma vez que, para que a Constituição sirva de norma parâmetro no controle de constitucionalidade, faz-se necessário que seu processo de elaboração e alteração possua maior complexidade que o das normas infraconstitucionais, de maneira que uma norma infraconstitucional posterior à promulgação da Constituição não tenha potencial para revogar esta.¹⁷⁹

Desde a elaboração de lei ou ato normativo do Poder Público, deve-se observar as disposições constitucionais. A partir daí, pode-se afirmar que uma norma não se torna inconstitucional, pois, se é elaborada em desconformidade com a Constituição, ela já surge inconstitucional no ordenamento jurídico e pode vir a ser, posteriormente, assim declarada.

A violação da Constituição Federal pode decorrer de inconstitucionalidade formal ou material. Na ocorrência de inconstitucionalidade formal, estar-se-á diante de uma norma que surgiu no ordenamento jurídico em desconformidade com as regras de competência e de procedimento para sua elaboração¹⁸⁰. A inconstitucionalidade material, a seu turno, denota a presença de incompatibilidade de conteúdo entre a norma e a Constituição¹⁸¹. Luís Roberto Barroso assinala que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal e o reconhecimento da inconstitucionalidade material levam à invalidade da norma¹⁸².

A inconstitucionalidade pode advir, também, de ação ou de omissão, eis que, quando há uma ação que viola competência, procedimento ou conteúdo delineados pela Constituição, verifica-se a inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, quando uma ação é exigida pela norma constitucional e o órgão que tem competência para executá-la não o faz, configura-se uma omissão inconstitucional.¹⁸³

Verificada a suposta incompatibilidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, deve ser realizado o controle de constitucionalidade pelo órgão que detém competência para tanto. Assim, quanto à natureza do órgão que o realiza, pode ser político ou

¹⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional** – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 502.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 24.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

¹⁸¹ Ibidem. p. 51.

¹⁸² Ibidem. p. 51.

¹⁸³ Ibidem. p. 53.

judicial. O controle político é exercido por órgão dessa natureza, logo, o órgão pode ser do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, a exemplo das Comissões de Constituição e Justiça. Em se tratando de controle judicial, será exercido pelos órgãos jurisdicionais.¹⁸⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade das normas pode ocorrer: no momento da elaboração da lei ou do ato normativo do Poder Público ou após. O controle de constitucionalidade, quanto ao momento, então, divide-se em preventivo e repressivo ou sucessivo. O controle preventivo objetiva impedir que norma incompatível com a Constituição entre em vigor, enquanto o controle repressivo serve para retirar a norma inconstitucional do ordenamento, isto é, tornar inválida norma que já integra o ordenamento jurídico.¹⁸⁵

Quanto ao órgão jurisdicional que o realiza, o controle de constitucionalidade pode ser, de um lado, difuso ou concreto, quando é exercido por qualquer órgão jurisdicional, e, de outro, concentrado ou abstrato, quando é exercido por órgão jurisdicional criado para tal fim.¹⁸⁶

Ainda sobre o tema, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no que diz respeito à forma ou ao modo como é exercido, é híbrido, isto é, pode ocorrer por via de ação própria ou por via incidental.

O controle por via de ação ou principal ocorre por ação direta, que tem por objeto a análise da validade da norma. Certos órgãos e entidades detêm a legitimidade ativa para propor a ação, que não caracteriza uma lide. Apesar de, no Brasil, o controle por via de ação e o controle concentrado coincidirem, assim não ocorre em todos os sistemas jurídicos, segundo discorre Barroso.¹⁸⁷

Também denominado de controle por via de exceção ou defesa, o controle de constitucionalidade por via incidental refere-se àquele realizado por juízes e tribunais na análise de casos concretos. Semelhante ao que acontece com o mecanismo por via de ação e o concentrado, Barroso adverte que “[n]ão se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso –

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64-7.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 67-9.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 70.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 73-4.

desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição”¹⁸⁸, mas, no Brasil, o mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas por via incidental é exercido pela via difusa.¹⁸⁹

O controle de constitucionalidade difuso, como já dito, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. Há que se considerar, entretanto, que “a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista”¹⁹⁰, o que está positivado no art. 97 da Constituição Federal¹⁹¹. É a denominada cláusula de reserva de plenário. O disposto no mencionado artigo deve ser observado, ainda que a lei não seja declarada expressamente inconstitucional, bastando que o tribunal ou o órgão especial de tribunal afaste sua incidência, no todo ou em parte, conforme entendimento que se encontra consolidado na Súmula Vinculante n. 10/STF.

Arguida a inconstitucionalidade por uma das partes, ou pelo membro do Ministério Público, pelo juiz singular, pelo relator ou por membros do tribunal, a questão deverá ser apreciada pelo órgão fracionário do tribunal competente para o julgamento do caso. A arguição de inconstitucionalidade, sendo rejeitada pelo mencionado órgão, não atinge a eficácia da norma objeto de controle. Se o órgão fracionário considerar a norma inconstitucional, entretanto, declarará seu entendimento em acórdão e encaminhará a questão para o tribunal pleno ou para o órgão especial do tribunal, que exercerá o controle, a não ser que, como já dito, a inconstitucionalidade daquela mesma norma já tenha sido reconhecida pelo plenário ou órgão especial do tribunal ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, hipótese em que não será necessário encaminhar a questão para análise do pleno ou do órgão especial¹⁹², podendo o próprio órgão fracionário suscitar a inconstitucionalidade com base no controle pré-existente.

Em síntese, os órgãos fracionários de tribunais só podem suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, sem observar a cláusula de

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p.72-3.

¹⁸⁹ Ibidem. p.72-3.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 123.

¹⁹¹ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.).

¹⁹² Ibidem. p. 126-7.

reserva de plenário, se a inconstitucionalidade já tiver sido reconhecida pelo plenário ou órgão especial do tribunal ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹³

O Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional, também pode realizar controle de constitucionalidade difuso e, caso reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos moldes de exercício do controle difuso visto anteriormente, caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴, nos termos do que dispõe o art. 102, III, 'b', da CF.

Resumidamente, através de mecanismos utilizados pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é exercido o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, a fim de manter o sistema jurídico íntegro e coerente, em observância à supremacia da Constituição.

2.5 Relações entre Superior Tribunal de Justiça, recurso especial e controle de constitucionalidade: estudos descritivos em torno da jurisprudência formada pela referida Corte Superior

Consoante já discorrido neste capítulo, o controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro pode ser exercido de forma difusa. O Superior Tribunal de Justiça, desse modo, como qualquer órgão do Judiciário, ao analisar as causas de sua competência, pode vir a reconhecer a inconstitucionalidade de norma.

Quando do julgamento de recursos especiais, em que o Superior Tribunal de Justiça procede à uniformização e à manutenção da inteireza do direito federal infraconstitucional, não obstante o tribunal não possua competência para analisar questão federal constitucional, é possível que haja reflexão de questão constitucional no caso discutido, até porque, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas devem ser interpretadas com observância das disposições do texto constitucional.

Pretende-se analisar descritivamente alguns julgados proferidos em sede de recurso especial, nos quais houve a discussão sobre a (im)possibilidade de julgamento de recurso

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 129.

especial com reflexão de questão constitucional e julgados em que a Corte Superior interpretou normas federais infraconstitucionais procedendo a reflexões constitucionais.

2.5.1 Acórdãos que consagram a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de se analisar, em recurso especial, tese de violação de disposições constitucionais: a suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pelo Superior Tribunal de Justiça

No âmbito da Corte Superior de Justiça, há julgados em que se fixou o entendimento de que a reflexão de questões constitucionais nas razões do recorrente obsta o julgamento pelo tribunal, uma vez que, fosse o contrário, o Superior Tribunal de Justiça incorreria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.682.678/SP¹⁹⁵ – afetado à sistemática dos recursos especiais repetitivos, sob relatoria do Ministro Og Fernandes, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça analisou caso em que o Instituto Nacional do Seguro Social (recorrente) alegou, com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, violação dos seguintes dispositivos de norma federal: art. 45, § 3º, da Lei n. 8.212/1991 e arts. 55, § 2º, e 96, IV, da Lei n. 8.213/1991.

Ao discutir o conhecimento do recurso, nos termos do voto do relator, decidiu-se que “[...] os fundamentos constitucionais invocados pelas partes e pelo *amicus curiae* não podem ser enfrentados pelo STJ, no âmbito do recurso especial, por uma razão que deveria ser mais do que óbvia: esta Corte não pode usurpar a competência do STF”¹⁹⁶.

Isso porque o recorrente afirmou que sua pretensão deveria ser acolhida em respeito à legislação infraconstitucional, que está em consonância com o art. 202, § 2º, da Constituição Federal, e alegou ofensa ao art. 201, *caput*, da Constituição Federal, caso o acórdão recorrido não fosse reformado. O recurso não foi conhecido nesta parte.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/4/2018.

¹⁹⁶ Idem. p. 8.

Do mesmo modo, no julgamento do Recurso Especial n. 1.114.604/PR¹⁹⁷, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça não conheceu de parte do recurso, tendo dado provimento no ponto em que conhecido.

No caso, o recorrente interpôs recurso com fundamento no art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, alegando violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, do art. 33 da Lei n. 8.177/91 e do art. 421 do Código Civil. O recurso teve por objetivo modificar o entendimento do acórdão recorrido para reconhecer a legalidade de taxa de administração fixada por administradora de consórcio em valor superior a 10% (dez por cento).

No que tange ao dispositivo constitucional, os ministros declaram não prosperar “a insurgência do recorrente relativa ao artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal, pois, à luz de seu artigo 105, inciso III, não compete a esta Corte o exame de dispositivo constitucional”¹⁹⁸ e, quanto ao art. 421 do Código Civil, também negaram conhecimento, por ausência de prequestionamento.

Assim, o motivo do não conhecimento, na parte de violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, foi que “descabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a suposta violação de matéria constitucional, porquanto enfrentá-la significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Constituição Federal, pertence ao Supremo Tribunal Federal”¹⁹⁹.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.359.570/SP²⁰⁰, o Ministro Og Fernandes, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu voto em que analisou recurso interposto por BANCO ALFA S.A e OUTROS, no qual alegaram violação dos arts. 535, II, do CPC/1973, 108, I, § 1º e 110, ambos do CTN.

O recurso foi interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de apelação, denegou mandado de segurança que pretendia

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012.

¹⁹⁸ Idem. p. 6.

¹⁹⁹ Idem. p. 12.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017.

“o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre valores cobrados por instituição financeira em razão da prestação de garantias” – aval e fiança.²⁰¹

Em seu voto, acompanhado à unanimidade, o Ministro Relator posicionou-se no sentido de que não é possível a análise de eventual ofensa ao art. 110 do CTN, não obstante tratar-se de norma infraconstitucional, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o dispositivo reproduz norma prevista na Constituição Federal e, desse modo, não é passível de apreciação pela Corte.²⁰²

Há que se considerar, sobre o tema, que o contexto jurídico atual não permite o rompimento entre a análise de questões constitucionais e a interpretação de outras normas. Isso porque, tal como analisado no tópico 2.5, o sistema jurídico brasileiro tem por base e por norma superior a norma constitucional e as demais normas não podem ser com ela incompatíveis, de modo que se faz necessária a interpretação conforme ou mesmo a análise de compatibilidade de normas em face da Constituição.

Marinoni assevera que a interpretação conforme “pode ser utilizada, no direito brasileiro, pelo juiz singular que está diante do caso concreto – assim como pelos tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça – e pelo Supremo Tribunal Federal, seja em virtude de recurso extraordinário ou de ação direta”²⁰³.

Como discorrem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, a elaboração de uma Constituição analítica resulta na previsão constitucional de matérias também previstas na legislação infraconstitucional²⁰⁴, o que, por consequência, enseja a interpretação conforme por parte dos julgadores.

Com tal observação, o tópico seguinte pretende referir julgamentos do Superior Tribunal de Justiça em que se procedeu a reflexões constitucionais no julgamento de recurso especial.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017. p. 3.

²⁰² Idem. p. 8-9.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 27.

²⁰⁴ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 532.

2.5.2 Acórdãos atinentes a recursos especiais em que a Corte Superior procedeu, ainda que indiretamente, a reflexões constitucionais

No julgamento do Recurso Especial n. 1.648.305/RS²⁰⁵ – julgado pela sistemática de recursos especiais repetitivos, sob relatoria da Ministra Assusete Magalhães, sendo a redatora para o acórdão a Ministra Regina Helena Costa, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça analisou recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal.

O recorrente alegou violação dos arts. 1º e 45 da Lei n. 8.213/1991. Em síntese, a questão versada cingiu-se à concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/1991 a outras espécies de aposentadoria que não a aposentadoria por invalidez, nos casos em que o aposentado passar a depender de assistência permanente de terceiro.

O Instituto Nacional do Seguro Social, ao interpor o especial, insurgiu-se contra a decisão do Tribunal Federal Regional da 4º Região que rejeitou os embargos de declaração opostos e declarou a possibilidade de acréscimo do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ao valor recebido pela segurada, em observância ao princípio da isonomia. O recurso especial foi improvido.

A relatora Ministra Assusete Magalhães, acompanhada por três ministros, proferiu voto no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. A relatora considerou que a concessão do adicional previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/1991 importaria em inovação legislativa, uma vez que não há previsão legal para tanto, e terminou por firmar seu entendimento nos seguintes termos:

O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal.²⁰⁶

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/8/2018.

²⁰⁶ Idem. p. 38.

O voto da relatora, entretanto, foi voto vencido. A Ministra Regina Helena Costa proferiu voto-vista, que foi acompanhado por outros quatro ministros, sendo a redatora para o acórdão. Ao proferir seu voto, a Ministra ponderou que acompanhou,

em outras ocasiões, a orientação desta Corte segundo a qual tal adicional é devido tão somente ao segurado aposentado por invalidez, mediante a comprovação da permanente necessidade de assistência por outrem. Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação.

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro. [...] ²⁰⁷

A Ministra, então, posicionou-se no sentido de que, “comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria”²⁰⁸. A referida posição foi acompanhada pela maioria dos Ministros da Primeira Seção.

No Recurso Especial n. 1.269.570/MG²⁰⁹ – representativo de controvérsia (sistemática de recursos especiais repetitivos), sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou recurso interposto com fundamento no art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal. A recorrente alegou, além do dissídio jurisprudencial, contrariedade ao art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005.

A questão discutida, em síntese, refere-se ao prazo prescricional do indébito tributário no que tange a tributos sujeitos a lançamento por homologação em caso de pagamento efetuado antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005.

Nos termos do voto do relator, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo, havia se posicionado, anteriormente, no sentido de que a aplicação do art.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/8/2018. p. 45.

²⁰⁸ Idem. p. 68.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/5/2012.

3º da Lei Complementar n. 118/2005, de forma retroativa “ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes [...] e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada [...]”²¹⁰.

Entretanto, após o Supremo Tribunal Federal firmar entendimento em sentido diverso, qual seja, o de que o prazo prescricional previsto na Lei Complementar n. 118/2005 aplica-se às ações ajuizadas a partir da vigência da mencionada lei, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu que, como o julgamento anterior proferido no âmbito desta corte teve por base princípios constitucionais, não poderia deixar de seguir o que decidiu o Supremo Tribunal Federal posteriormente, pois é o órgão jurisdicional competente para analisar questões federais constitucionais.

Assim, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, superou o entendimento anteriormente firmado e negou provimento ao recurso especial, em observância à interpretação dos dispositivos constitucionais realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Especial n. 1.144.469/PR²¹¹ – julgado pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça analisou dois recursos, interpostos pelas partes Fazenda Nacional e HUBNER COMPONENTES E SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA. – contribuinte.

A Fazenda Pública alegou violação dos arts. 535 do CPC, 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/98 e 111 do CTN.

O recorrente HUBNER COMPONENTES E SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA., contribuinte, alegou violação aos arts. 535 do CPC, 3º da LC n. 7/70, 2º da LC 70/91 e 3º, § 2º, da Lei n. 9.718/98.

Em síntese, a Fazenda Nacional pretendia o reconhecimento de que o art. 3º, § 2º, III da Lei 9.718/98 é norma de eficácia limitada, exigindo regulamentação pelo Poder Executivo para se tornar aplicável, de modo que não teve eficácia no mundo jurídico. O contribuinte, a

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/5/2012. p. 7.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/8/2016.

seu turno, buscava o provimento do recurso para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Ministro Relator proferiu voto, que foi vencido, no sentido de dar provimento aos dois recursos interpostos. Entendeu que faturamento refere-se à riqueza obtida pelo contribuinte do exercício de sua atividade empresarial, com base no art. 195, I, *b*, da Constituição Federal, e que, portanto, o ICMS não é faturamento e não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.²¹²

O Ministro Mauro Campbell Marques proferiu voto-vista. Acompanhou o relator no que diz respeito ao provimento do recurso da Fazenda Nacional. Quanto ao recurso do contribuinte, negou provimento.

Em seu voto, o Ministro ponderou que o argumento de que o ICMS não pode compor a base de cálculo das contribuições do PIS/PASEP e COFINS por não representar capacidade econômica do contribuinte não encontra respaldo no art. 145, § 1º, da CF.²¹³

A maioria dos ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acompanhou o voto do Ministro Mauro Campbell Marques, dando à matéria interpretação que, segundo seu entendimento, encontra conformidade com as disposições constitucionais e com o ordenamento jurídico pátrio.

No Recurso Especial n. 1.411.258/RS²¹⁴ – julgado pela sistemática de recursos especiais repetitivos como recurso representativo de controvérsia, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou recurso interposto com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, pelo Instituto Nacional do Seguro Social. O recorrente alegou violação dos arts. 535 do CPC, 16, § 2º da Lei n. 8.213/1991, com a redação da Lei n. 9.528/1997, e 2º, § 1º da LICC.

A questão discutida cingiu-se sobre a possibilidade de percepção de pensão por morte por menor sob guarda, em caso de morte ocorrida antes da vigência da MP 1.523/96,

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/8/2016. p. 19.

²¹³ Idem. p. 34.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017.

que alterou o art. 16, § 2º da Lei n. 8.213/96, excluindo o menor sob guarda da fruição do mencionado benefício previdenciário.

No caso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial por versar sobre questões constitucionais federais e tendo em vista a não interposição de recurso extraordinário pelo recorrente de forma conjunta com o recurso especial. A Primeira Seção, entretanto, conheceu do recurso pelos seguintes fundamentos:

2. A alegação de não interposição pelo INSS de Recurso Extraordinário não pode ser empecilho à cognição do Recurso Especial, considerando-se que, neste caso, a interseção do acórdão recorrido com dispositivos da Carta Magna é apenas oblíquo, reflexa ou indireta, como, aliás, ocorre em todas as demandas que versem sobre o Direito Previdenciário, a proteção da criança e do adolescente e outras espécies jurídicas integrantes do grande continente do Direito Público ou Social.
3. A colenda Suprema Corte não tem conhecido dos Recursos Extraordinários interpostos em casos análogos (concessão de pensão por morte a menor sob guarda), por entender que a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa [...]; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.²¹⁵

Ao recurso especial foi negado provimento, em julgamento proferido à unanimidade, pois os julgadores reconheceram o que dispõe o art. 227 da Constituição Federal e declaram que o Estatuto da Criança e do Adolescente deveria prevalecer no caso em face da Lei n. 8.213/1991, a fim de conceder à menor sob guarda o benefício de pensão por morte.

2.6 Um juízo sintético a respeito da posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da (im)possibilidade de se analisar, em recurso especial, tese de violação de disposições constitucionais

Em análise aos pronunciamentos jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça colacionados nos tópicos imediatamente anteriores, observa-se que, quanto à possibilidade de análise de reflexão de matéria federal constitucional em sede de recurso especial, o entendimento nem sempre é o mesmo.

Nos acórdãos prolatados nos julgamentos do Recurso Especial n. 1.682.678/SP, do Recurso Especial n. 1.114.604/PR e do Recurso Especial n. 1.359.570/SP, o Superior Tribunal de Justiça negou conhecimento a parte dos recursos por entender que sua análise, no

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017. p. 13.

ponto em que os recorrentes basearam suas pretensões em fundamentos constitucionais, levaria o tribunal a incorrer em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para a análise de questões federais constitucionais.

Em outras ocasiões, como no julgamento dos citados Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Recurso Especial n. 1.144.469/PR e Recurso Especial n. 1.411.258/RS, o Superior Tribunal de Justiça conheceu dos recursos, procedendo à interpretação do direito federal infraconstitucional, ainda que os recorrentes tenham tratado de disposições ou princípios constitucionais em suas razões, eis que considerou a matéria federal constitucional como meramente reflexa ou, ainda, um reforço argumentativo para a interpretação concedida ao direito federal infraconstitucional.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 pretendeu distribuir a competência para uniformizar o direito federal entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante tenha sido reservada ao Superior Tribunal de Justiça a competência para manter a inteireza do direito federal infraconstitucional, as inovações implantadas pelo Estado constitucional impedem que haja absoluta divisão de competências a permitir uma interpretação exclusiva da matéria federal infraconstitucional, sem se proceder à denominada interpretação conforme a Constituição.

Acresce-se a isso o fato de que o sistema brasileiro de constitucionalidade abrange tanto o controle de constitucionalidade concentrado quanto o difuso, sendo que neste qualquer juiz ou tribunal pode proceder à verificação da (in)compatibilidade de normas em face da Constituição.

Assim, em sede de julgamento de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça inevitavelmente discute casos em que o direito federal infraconstitucional e o direito federal constitucional não se apresentam dissociados, devendo a Corte proceder à correta interpretação e uniformização daquele, muitas vezes, nos termos da Constituição.

3 Análise de precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça

Neste capítulo, proceder-se-á à análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça já mencionados ao final do capítulo anterior²¹⁶, a fim de aprofundar o exame e o estudo dos julgados no que diz respeito à reflexão de questões constitucionais no recurso especial, bem como no que concerne à interpretação conforme à Constituição e ao controle de constitucionalidade, realizados pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.1 Considerações iniciais: a importância de se analisar, a partir de casos concretos, os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a possibilidade de exame da questão constitucional subjacente à controvérsia veiculada no recurso especial

Como discorrido, a pretensão aqui é discutir os casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça de forma mais analítica. A análise dos casos concretos possui importância na medida em que é necessário saber se o Tribunal pode conhecer e deliberar acerca de matéria federal constitucional quando do julgamento de recurso especial e verificar o entendimento da Corte e os fundamentos utilizados para pronunciar-se ora pela possibilidade e ora pela impossibilidade de análise de recurso especial com questões constitucionais.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça pode reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos normativos ao exercer sua competência constitucional, estando limitado à restrição do art. 97 da CF, que instituiu a cláusula de reserva de plenário, como anteriormente ressaltado²¹⁷, e pode, também, dar interpretação à lei federal infraconstitucional nos termos da Constituição Federal.

Mas quais seriam os limites de tal atuação? Como é possível diferenciar o controle de constitucionalidade da interpretação conforme? E mais, como o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado na prática quando está diante de reflexão de questões constitucionais em sede de recurso especial? Quais os fundamentos adotados pela Corte para deixar de analisar a questão constitucional por detrás da controvérsia veiculada no recurso

²¹⁶ Subseções 2. 5.1 e 2.5.2.

²¹⁷ Seção 2.4.

especial? Estes questionamentos apontam para a necessidade de tecer algumas considerações sobre o tema e de discutir os mencionados julgados.

3.2 Breve retomada de um ponto fundamental ao estudo dos julgados: o Superior Tribunal de Justiça e o controle de constitucionalidade. Quais os limites?

Para proceder-se à análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que dizem respeito à reflexão de questões constitucionais no recurso especial, é relevante discorrer, antes, sobre o exercício do controle de constitucionalidade pela mencionada Corte, a fim de buscar definir quais os limites impostos ao desempenho de tal atividade jurisdicional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para realizar o controle abstrato de constitucionalidade, por meio de ações próprias para tanto. Porém, o controle de constitucionalidade brasileiro não se restringe ao controle realizado pela Corte Suprema. No Brasil, o ordenamento jurídico permite que qualquer juiz deixe de aplicar lei inconstitucional, incluindo o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle concreto.²¹⁸

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça definem o sentido e a interpretação da lei federal, constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e funcionam como Cortes de precedentes, uma vez que, sob pena de violar a unidade do direito em todo o território nacional, as decisões decorrentes do exercício de tais competências não podem ser desrespeitadas pelos juízes e tribunais²¹⁹.

Ao passo que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a lei nos termos da Constituição, também atribui significado a esta, o Supremo Tribunal Federal interpreta a lei quando analisa sua compatibilidade com a Constituição²²⁰. É neste ponto que a competência das duas Cortes torna-se imprecisa, o que Marinoni denomina de zona de penumbra, sendo

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 96.

²¹⁹ Ibidem. p. 98.

²²⁰ Ibidem. p. 107.

necessário, segundo o mencionado autor, “urgente e adequada elaboração teórica destinada a evitar maior desgaste ao Poder Judiciário”²²¹.

A definição da competência para dar sentido à lei nos termos da Constituição tem por consequência a economia processual, pois resulta na eliminação de duas análises sobre o mesmo assunto, isto é, evita que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça examinem a mesma questão de direito.²²²

Há que serem diferenciados, neste momento, o controle de constitucionalidade e a interpretação conforme – ou interpretação nos termos da Constituição – a fim de elucidar o tema.

Luiz Guilherme Marinoni discorre que “[a] interpretação conforme ou nos termos da Constituição se situa dentro do círculo das interpretações possíveis”, isto é, “das interpretações que podem ser extraídas do dispositivo legal *sem que a norma decorrente do texto tenha que ser limitada, estendida ou em parte substituída*”²²³.

Já o controle de constitucionalidade ocorre quando “*há negação da compatibilidade do dispositivo, em sua interpretação possível, com a Constituição*”²²⁴. No controle de constitucionalidade, é necessário integrar ou modificar o texto legal para proteger a lei²²⁵.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a admissibilidade de recursos extraordinários, reconhece, muitas vezes, que a ofensa à Constituição é reflexa e inadmite o recurso, isto é, posiciona-se no sentido de que só é cabível o recurso de sua competência quando houver violação direta aos dispositivos constitucionais. Entretanto, o objetivo aqui é analisar o tema sob a perspectiva do Superior Tribunal de Justiça, quando este conhece ou não de recurso especial em que há reflexão de questão constitucional.²²⁶

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 106.

²²² Ibidem. p. 101.

²²³ Ibidem. p. 55 (grifo no original).

²¹⁸ Ibidem. p. 55 (grifo no original).

²²⁵ Ibidem. p. 55.

²²⁶ Não se olvida que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado de que “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” – Súmula n. 126/STJ, contudo, apesar de o enunciado sumular referir-se à presença de questão constitucional no acórdão recorrido, ele não elide a necessidade de nossas reflexões sobre o posicionamento atual do STJ no tocante à

Como já discorrido neste texto, o ordenamento jurídico brasileiro tem por norma de hierarquia superior a Constituição Federal e é imprescindível que a interpretação da lei realizada por juízes e tribunais esteja de acordo com os dispositivos constitucionais. Assim, “é impossível separar interpretação da lei de interpretação da lei nos termos da Constituição”²²⁷.

Marinoni afirma, então, que não é viável supor que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar recurso que sustenta a inconstitucionalidade de determinada interpretação de lei. Isso porque, se a interpretação da lei ainda está em discussão, o julgamento do caso é função do Superior Tribunal de Justiça, até que este se desobrigue de sua competência de estabelecer o sentido da legislação federal infraconstitucional²²⁸.

Ao dar o sentido mais adequado ou a interpretação mais adequada à lei ou, ainda, a interpretação possível nos termos da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não realiza controle de constitucionalidade, pois este só é exercido quando não há interpretação possível conforme a Constituição. Nesta última hipótese, o órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça deve encaminhar a questão constitucional à Corte Especial ou ao Plenário para análise.²²⁹

Quanto à relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à interpretação nos termos da Constituição realizada por este, por não haver hierarquia entre as cortes, não pode a Corte Suprema funcionar como corte de correção e revisar todas as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça. Por tais razões, Marinoni assevera que só cabe ao Supremo Tribunal Federal proceder à análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça quando se tratar de análise da constitucionalidade de interpretação instituída em precedente.²³⁰

Desse modo, após o Superior Tribunal de Justiça exaurir a função de interpretar a lei federal infraconstitucional, considerando que tal interpretação deve orientar os juízes e tribunais inferiores, cumpre ao Supremo Tribunal Federal exercer sua função precípua de guardião da Constituição e verificar a constitucionalidade da interpretação dada à lei federal,

matéria, na medida em que parece reforçar, indiretamente, a ideia de que ao STJ, no leito do recurso especial, competiria o exame de temas referentes ao direito infraconstitucional federal.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 105.

²²⁸ Ibidem. p. 105.

²²⁹ Ibidem. p. 107-8.

²³⁰ Ibidem. p. 108.

ou mesmo da constitucionalidade de decisão do Superior Tribunal de Justiça que analise interpretação realizada por tribunal de justiça ou tribunal regional federal, evitando a difusão de interpretação de norma inconstitucional.²³¹

3.3 Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Og Fernandes, data do julgamento 25/4/2018

O Recurso Especial n. 1.682.678/SP foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrido, posicionando-se nos seguintes termos:

[...]

O autor, mesmo tratando-se de funcionário estatutário, tem o direito ao reconhecimento do exercício de atividade rural e de obter a expedição da respectiva certidão, todavia, tem a autarquia previdenciária o direito de consignar na própria certidão a ausência de recolhimento de contribuições ou indenização para fins de contagem recíproca, para que possa resguardar os interesses do INSS, bem como esclarecer a situação do segurado perante o regime previdenciário em que se deu o reconhecimento do tempo de serviço.²³²

O recorrente alegou violação do art. 45, § 3º, da Lei n. 8.212/1991²³³, bem como dos arts. 55, § 2º, e 96, IV, da Lei n. 8.213/1991²³⁴, “porque o segurado [...] não efetuou o pagamento de qualquer contribuição nem mesmo faz menção de pagar indenização à

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 110-1.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 306.

²³³ Art. 45. § 3º No caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95). (Revogado pela Lei Complementar nº 128, de 2008). (BRASIL. **Lei n. 8.212**, de 24 de julho de 1991).

²³⁴ Art. 55. § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

[...]

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001). (Vide Medida Provisória nº 316, de 2006). (BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991).

Previdência Social do tempo de serviço que pretende ver averbado para contagem recíproca com a atividade que exerce atualmente”²³⁵.

Como mencionado no capítulo anterior, o recurso foi admitido como representativo de controvérsia e foi solucionado em conjunto com os Recursos Especiais n. 1.676.865/RS, n. 1.682.671/SP, n. 1.682.672/SP, n. 1.682.678/SP e n. 1.682.682/SP.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento em acórdão, cuja ementa transcreve-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. CONTAGEM RECÍPROCA. SERVIDOR PÚBLICO. TRABALHO RURÍCOLA PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/1991. DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. CABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA CONTAGEM RECÍPROCA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NA FORMA PREVISTA PELO ART. 96, IV, DA LEI N. 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. Na situação em exame, os dispositivos legais cuja aplicação é questionada nos cinco recursos especiais, com a tramitação que se dá pela sistemática dos repetitivos (REsp 1.676.865/RS, 1.682.671/SP, 1.682.672/SP, 1.682.678/SP e 1.682.682/SP), terão sua resolução efetivada de forma conjunta.

2. Não se pode conhecer da insurgência na parte em que pleiteia o exame de matéria constitucional, sob pena de, assim procedendo, esta Corte usurpar a competência do STF.

3. Reconhecido o tempo de serviço rural, não pode o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS se recusar a cumprir seu dever de expedir a certidão de tempo de serviço. O direito à certidão simplesmente atesta a ocorrência de um fato, seja decorrente de um processo judicial (justificação judicial), seja por força de justificação de tempo de serviço efetivada na via administrativa, sendo questão diversa o efeito que essa certidão terá para a esfera jurídica do segurado.

4. Na forma da jurisprudência consolidada do STJ, "nas hipóteses em que o servidor público busca a contagem de tempo de serviço prestado como trabalhador rural para fins de contagem recíproca, é preciso recolher as contribuições previdenciárias pertinentes que se buscavam averbar, em razão do disposto nos arts. 94 e 96, IV, da Lei 8.213/1991" (REsp 1.579.060/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 30/5/2016).

5. Descabe falar em contradição do art. 96, IV, com o disposto pelo art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, visto que são coisas absolutamente diversas: o art. 96, IV, relaciona-se às regras da contagem recíproca de tempo de serviço, que se dá no concernente a regimes diferenciados de aposentadoria; o art. 55 refere-se às regras em si para concessão de aposentadoria por tempo de serviço dentro do mesmo regime, ou seja, o Regime Geral da Previdência Social.

6. É descabido o argumento trazido pelo *amicus curiae* de que a previsão contida no art. 15, I e II, da Lei Complementar n. 11/1971, quando já previa a obrigatoriedade de contribuição previdenciária, desfaz a premissa de que o tempo de serviço rural anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991 não seria contributivo. É que a contribuição

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 307.

prevista no citado dispositivo legal se reporta a uma das fontes de custeio da Previdência Social, cuja origem decorre das contribuições previdenciárias de patrocinadores, que não os próprios segurados. Ora, acolher tal argumento significaria dizer que, quanto aos demais benefícios do RGPS, por existirem outras fontes de custeio (inclusive receitas derivadas de concursos de prognósticos), o sistema já seria contributivo em si, independentemente das contribuições obrigatórias por parte dos segurados.

7. Não se há de falar em discriminação entre o servidor público e o segurado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, porque, para o primeiro, no tocante ao tempo de serviço rurícola anterior a 1991, há recolhimento das contribuições previdenciárias, o que não é exigido para o segundo. Cuida-se de regimes diferentes, e, no caso do segurado urbano e do rurícola, nada obstante as diferenças de tratamento quanto à carência e aos requisitos para a obtenção dos benefícios, ambos se encontram vinculados ao mesmo Regime Geral da Previdência Social, o que não ocorre para o servidor estatutário.

8. Tese jurídica firmada: O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991.

9. Na hipótese dos autos, o aresto prolatado pelo Tribunal de origem está em conformidade com o posicionamento desta Corte Superior, porque, da leitura do voto condutor e do acórdão que resultou das suas premissas, não há determinação para que o tempo de serviço constante da respectiva certidão seja contado como tal para o caso de contagem recíproca, pelo que não tem esse efeito, salvo se houver o recolhimento das contribuições.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

11. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.²³⁶

A parte a ser analisada é a que diz respeito ao não conhecimento de parte do recurso em razão da suposta usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.

No caso, o recorrente argumentou, nas razões de recurso especial, que a legislação apontada como violada está de acordo com a ordem constitucional, de modo que deveria ser observada.²³⁷

No voto condutor do acórdão, o Ministro Relator assentou o seguinte:

De início, deixo assentado que os fundamentos constitucionais invocados pelas partes e pelo *amicus curiae* não podem ser enfrentados pelo STJ, no âmbito do recurso especial, por uma razão que deveria ser mais do que óbvia: esta Corte não pode usurpar a competência do STF.

Nesse particular, conheço em parte da insurgência.²³⁸

E mais adiante acrescentou:

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO.

²³⁷ Idem. p. 137.

²³⁸ Idem. p. 310.

[...] deixo assentado que esta Corte de Justiça não examinará qualquer argumento (das partes ou do *amicus curiae*) cuja base seja norma da Constituição da República, mesmo que para o fim de subsidiar interpretação de dispositivo legal, pois entender o contrário seria usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.²³⁹

Pois bem. Não se discute que é do Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, por meio de recurso extraordinário em sentido estrito, causa decidida em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal²⁴⁰.

O Ministro que proferiu o voto condutor consignou que é óbvio que a análise dos fundamentos constitucionais resultaria em usurpação da competência da Corte Suprema e, mais adiante, pela mesma razão, afirmou que os argumentos do recurso que tiveram por base a Constituição, ainda que tivessem por fim subsidiar interpretação de dispositivo legal, não poderiam ser apreciados pela Corte Superior.

Tal fundamento, entretanto, não encontra guarida em um Estado constitucional. A interpretação da lei federal infraconstitucional, com o objetivo de alcançar uniformidade em todo o território nacional, é competência constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo a este dar sentido à lei, atento às disposições constitucionais.

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça não pode proceder à interpretação da lei sem considerar o que dispõe a Constituição Federal, mesmo porque, se há várias interpretações possíveis, deve prevalecer aquela que é conforme a norma constitucional²⁴¹.

3.4 Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, data do julgamento 13/6/2012

O Recurso Especial n. 1.114.604/PR foi interposto pelo CONSÓRCIO NACIONAL MASSEY FERGUSON LTDA. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que negou provimento à apelação daquele, mantendo a sentença que afastou a possibilidade da cobrança de taxa de administração em percentuais acima do legal.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 314.

²⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 102, III, 'a'.

²⁴¹ Sobre a interpretação conforme: MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 55.

O recorrente alegou violação dos artigos 22, inciso XX, da Constituição da República²⁴², 33 da Lei nº 8.177/91²⁴³ e 421 do CCB²⁴⁴.

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito – a aplicação das disposições do Decreto nº 70.951/72 no tocante ao limite do percentual da taxa de administração cobrado pelas administradoras nos contratos de consórcio²⁴⁵ – o Recurso Especial n. 1.114.604/PR foi julgado em conjunto com o Recurso Especial n. 1.114.606/PR.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça conheceu parcialmente do recurso e, na parte em que conhecido, deu-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONSÓRCIO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. FIXAÇÃO. LIMITE SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. LIVRE PACTUAÇÃO PELAS ADMINISTRADORAS. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL - ARTIGO 22, INCISO XX. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARTIGO 421 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 282/STF.

1 - As administradoras de consórcio têm liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do Banco Central, não havendo falar em ilegalidade ou abusividade da taxa contratada superior a 10% (dez por cento), na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça (AgRg no REsp nº 1.115.354/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 3/4/2012; AgRg no REsp nº 1.179.514/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 26/10/2011; AgRg no REsp nº 1.097.237/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/06/2011, DJe 5/8/2011; AgRg no REsp nº 1.187.148/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/5/2011, DJe 10/5/2011; AgRg no REsp nº 1.029.099/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010; EREsp nº 992.740/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9/6/2010, DJe 15/6/2010).

2 - O Decreto nº 70.951/72 foi derogado pelas circulares posteriormente editadas pelo BACEN, que emprestaram fiel execução à Lei nº 8.177/91.

²⁴² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XX - sistemas de consórcios e sorteios; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁴³ Art. 33. A partir de 1º de maio de 1991, são transferidas ao Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcio, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. (Revogado pela Lei nº 11.795, de 2008).

Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil. (BRASIL. **Lei n. 8.177**, de 1 de março de 1991).

²⁴⁴ Redação vigente à época:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002).

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO. p. 262.

3 - Descabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a suposta violação de matéria constitucional, porquanto enfrentá-la significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Constituição Federal, pertence ao Supremo Tribunal Federal.

4 - Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de dispositivo apontado como violado no recurso especial, incide o disposto na Súmula nº 282/STF.

5 - Refoge à competência desta Corte, nos termos da Súmula nº 7/STJ, qualquer pretensão de análise de prejuízo relativo à desistência de consorciado quando dependa da efetiva prova, ônus que incumbe à administradora do consórcio (REsp nº 871.421/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/3/2008, DJe de 1º/4/2008).

6 - Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido.²⁴⁶

No voto condutor do acórdão, o Ministro Relator não conheceu de parte do recurso pelos seguintes fundamentos:

Observa-se, de plano, que não prospera a insurgência do recorrente relativa ao artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal, pois, à luz de seu artigo 105, inciso III, não compete a esta Corte o exame de dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

De outra sorte, não conheço da violação do artigo 421 do Código Civil em virtude da falta de prequestionamento.²⁴⁷

No que diz respeito à violação do artigo 22, XX, da Constituição Federal, o recorrente aduziu, nas razões de recurso especial, que o Decreto lei n. 70.951/72 e a Lei n. 5.768/71 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois o mencionado dispositivo constitucional reserva à União Federal competência exclusiva para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios.²⁴⁸

O recorrente acrescentou que, se a referida legislação pré-constitucional ainda estivesse vigente, o legislador ordinário não teria elaborado a Lei n. 8.177/91, que previu que o Banco Central do Brasil tem atribuição para fixar taxas de administração. Assim, a partir do momento em que o Banco Central do Brasil liberou as instituições financeiras para fixação livre do percentual de taxa de administração, qualquer percentual anteriormente fixado deixou de vigorar.²⁴⁹

Pois bem. O próprio recorrente reconheceu, em seus argumentos, que o Superior Tribunal de Justiça não é precipuamente o guardião da Constituição²⁵⁰. Em seu voto, o Ministro Relator fundamentou o não conhecimento de parte do recurso justamente sob o

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNGA SEÇÃO.

²⁴⁷ Idem. p. 264.

²⁴⁸ Idem. p. 156.

²⁴⁹ Idem. p. 156-7.

²⁵⁰ Idem. p. 155.

argumento de que, caso analisasse o ponto, incorreria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, é permitido ao Superior Tribunal de Justiça analisar a compatibilidade entre normas infraconstitucionais e a Constituição, até exaurir sua função de interpretar e de uniformizar o direito federal infraconstitucional. A partir do exaurimento da função do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, então, analisará o precedente daquele e reconhecerá a inconstitucionalidade ou não da interpretação nele consubstanciada, se for o caso.

Não obstante o caso em comento, ao final, ter sido solucionado em favor do recorrente, reconhecendo-se que “as administradoras de consórcio possuem total liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do BACEN”²⁵¹ e que não são “consideradas ilegais ou abusivas as taxas fixadas em percentual superior a 10% (dez por cento)”²⁵², não havia óbice ao exercício da função de interpretar a legislação federal infraconstitucional em observância à ordem constitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.5 Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Og Fernandes, data do julgamento 5/2/2018

O Recurso Especial n. 1.359.570/SP²⁵³ foi interposto por BANCO ALFA S.A e OUTROS em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de apelação, denegou mandado de segurança que pretendia “o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre valores cobrados por instituição financeira em razão da prestação de garantias” – aval e fiança.²⁵⁴

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO. p. 269.

²⁵² Idem. p. 269.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017.

²⁵⁴ Idem. p. 1.666.

Os recorrentes alegaram violação dos arts. 535, II, do CPC/1973²⁵⁵, 108, I, § 1º e 110, ambos do CTN²⁵⁶.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceu em parte do recurso e, na parte em que conhecido, negou provimento, nos termos da ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ISS. LISTA ANEXA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA OS SERVIÇOS CONGÊNERES. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 110 DO CTN. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Inexiste contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame. Ademais, não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres" (REsp 1.111.234/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 8/10/2009). Precedentes: AgInt no AREsp 883.708/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 19/10/2016; AgInt no AgRg no AREsp 471.531/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/9/2016; AgRg no AREsp 747.997/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016.

3. A análise da violação do 110 do CTN, por reproduzir princípio encartado em norma da Constituição Federal, não é admitida na via especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: AgRg no REsp 1.454.339/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/10/2014; AgRg no AREsp 413.404/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/11/2013.

4. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que, na espécie, trata-se de serviço o fato tributado. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, de modo a albergar as peculiaridades do caso e concluir em sentido contrário, como sustentado neste recurso especial, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

5. Quanto à interposição do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, as partes recorrentes não observaram as formalidades indispensáveis previstas nos arts. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, pois não procederam ao cotejo analítico no intuito de demonstrar a existência de arestos que

²⁵⁵ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

[...]

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

²⁵⁶ Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

[...]

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. (BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966).

partiram de situações fático-jurídicas idênticas às do decisum confrontado e que, no entanto, adotaram conclusões discrepantes. Assim, configura-se a impossibilidade de conhecimento do recurso especial pela divergência.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.²⁵⁷

No ponto que interessa à discussão deste trabalho, o Ministro Relator, em seu voto, acompanhado à unanimidade, posicionou-se no sentido de que não é possível a análise de eventual ofensa ao art. 110 do CTN, uma vez que o dispositivo reproduz norma prevista na Constituição Federal, de modo que a apreciação do ponto não é competência do Superior Tribunal de Justiça.²⁵⁸

O que se observa, entretanto, é que a norma, apesar de prevista na Constituição, está prevista na legislação federal infraconstitucional, isto é, no Código Tributário Nacional.

O que os recorrentes pretendiam era interpretação diversa da realizada pelo tribunal *a quo*, adequada ao disposto no art. 110 do CTN, pois consideraram que “as obrigações de dar não estão ligadas à materialidade do ISS, nem as atividades em questão” – fiança e aval – “são compreendidas pelo conceito constitucional de serviço, não cabendo ao legislador infraconstitucional alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas do direito privado, a teor do artigo 110, do Código Tributário Nacional”²⁵⁹.

No ponto, por haver previsão da regra estabelecida também no nível constitucional, denota-se que, quanto à proteção jurídica concedida à questão, o poder constituinte originário e o legislador ordinário revelaram maior preocupação, isto é, vislumbraram a necessidade de resguardar de forma mais evidente e reiterada o direito, talvez pela superior importância da matéria.

A previsão da regra nos planos constitucional e infraconstitucional enseja a existência de normas objeto de tutela pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

De tal modo, o Superior Tribunal de Justiça deixou de exercer sua função precípua de interpretar a lei federal infraconstitucional, que deveria ser realizada ainda que a norma esteja na Constituição, uma vez que também está na legislação infraconstitucional anterior

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA.

²⁵⁸ Idem. p. 1.672.

²⁵⁹ Idem. p. 1.051.

àquela e recepcionada por ela, e mesmo que, para tanto, fosse necessária a interpretação nos termos da Constituição, que é uma exigência do Estado constitucional.

3.6 Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Redatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa, data do julgamento 22/8/2018

O Recurso Especial n. 1.648.305/RS foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que rejeitou embargos de declaração opostos em face de acórdão que reconheceu

a possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.²⁶⁰

O recorrente alegou violação do art. 1.022 do CPC²⁶¹, pois o Tribunal *a quo* rejeitou os embargos de declaração, sem apreciar ponto omissis no acórdão, e violação dos arts. 1º e 45 da Lei 8.213/91²⁶².

Na origem, o recurso foi selecionado como representativo de controvérsia, considerando a multiplicidade de recursos especiais existentes no Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a controvérsia. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou o recurso à sistemática de julgamento de recursos especiais repetitivos.²⁶³

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 354.

²⁶¹ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

²⁶² Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). [...] (BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991).

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 356.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso em acórdão cuja ementa transcreve-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. “AUXÍLIO-ACOMPANHANTE”. ADICIONAL DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ART. 45 DA LEI N. 8.213/91. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIRO. COMPROVAÇÃO. EXTENSÃO A OUTRAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (NOVA IORQUE, 2007). INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DE ACORDO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. FATO GERADOR. BENEFÍCIO DE CARÁTER ASSISTENCIAL, PERSONALÍSSIMO E INTRANSFERÍVEL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL DO INSS IMPROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Cinge-se a controvérsia à possibilidade de extensão do “auxílio-acompanhante”, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 aos segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

III – O “auxílio-acompanhante” consiste no pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais, no intuito de diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, podendo, inclusive, sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

IV – Tal benefício possui caráter assistencial porquanto: a) o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa a qual pode estar presente no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; b) sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e c) o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

V – A pretensão em análise encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República.

VI – O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária.

VII – A 1ª Seção desta Corte, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais (REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

VIII – A aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria independe da prévia indicação da fonte de custeio porquanto o “auxílio-acompanhante” não consta no rol do art. 18 da Lei n. 8.213/91, o qual elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes.

IX – Diante de tal quadro, impõe-se a extensão do “auxílio-acompanhante” a todos os aposentados que, inválidos, comprovem a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria.

X – Tese jurídica firmada: “Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.”

XI – Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

XII – Recurso Especial do INSS improvido.²⁶⁴

Ao estabelecer os fundamentos determinantes do julgado, a Ministra Relatora posicionou-se no sentido de que não é possível estender o pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todos os segurados que, após a concessão de aposentadoria, vierem a necessitar da assistência permanente de terceiros, pois não há previsão legal para tanto²⁶⁵. Acrescentou que a pretendida extensão implicaria na criação de novo benefício, sem a correspondente fonte de custeio exigida pelo art. 195, § 3º, da CF²⁶⁶, substituindo-se a função típica atribuída ao Poder Legislativo²⁶⁷. Entendeu ser aplicável, por analogia, a Súmula Vinculante n. 37/STF²⁶⁸.

A Ministra Relatora ponderou, ainda, que, ao estabelecer a previsão legal do art. 45 da Lei 8.213/91, o legislador atendeu ao princípio da seletividade na prestação dos benefícios previdenciários, contido no art. 194, parágrafo único, III, da CF²⁶⁹, pois, em caso de segurado aposentado por invalidez, “o grau de dependência, em relação ao auxílio permanente de

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO.

²⁶⁵ Idem. p. 364.

²⁶⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 366.

²⁶⁸ Súmula Vinculante n. 37/STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

²⁶⁹ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

terceiro, é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício, tal não se dando nas demais espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição)”²⁷⁰.

Entretanto, o voto da Ministra Relatora foi vencido. A Ministra Regina Helena Costa proferiu voto-vista, que foi acompanhado pela maioria dos demais ministros, sendo designada como redatora para o acórdão.²⁷¹

Em seu voto, consignou que, não obstante tenha se posicionado, em outras oportunidades, pela impossibilidade de concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outras modalidades de aposentadoria, que não a aposentadoria por invalidez, a melhor interpretação para o art. 45 da Lei n. 8.213/91 é a que possibilita a extensão do auxílio a todas as modalidades de aposentadoria, desde que “comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação”²⁷².

Para tanto, a Ministra fundamentou seu entendimento na imprescindibilidade de observar, ao interpretar o dispositivo legal, a dignidade da pessoa humana, a necessidade de conceder tratamento isonômico e a garantia dos direitos sociais – art. 1º, III, art. 5º, *caput*, e art. 6º, da CF²⁷³, bem como de atender ao que dispõe a Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência de Nova Iorque, aprovada conforme a previsão do art. 5º, § 3º, da CF²⁷⁴ – *status* de emenda constitucional²⁷⁵. Considerou, também, que o adicional de

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 375.

²⁷¹ Idem. p. 353: [...] os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, [...], vencidos a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Francisco Falcão, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Benedito Gonçalves.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 394.

²⁷³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁷⁴ Art. 5º [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às

25% (vinte e cinco por cento) tem caráter assistencial e, portanto, não necessita de prévia fonte de custeio²⁷⁶, de modo que o Estado garante tal benefício independentemente de contribuição à Seguridade Social, consoante previsão do art. 203 da CF^{277 278}.

Em análise aos votos contidos no acórdão do julgamento do Recurso Especial n. 1.648.305/RS, pode-se extrair que a interpretação da matéria federal infraconstitucional versada no recurso deu-se com observância de normas constitucionais, isto é, dos princípios e das regras previstos na Constituição Federal. Apesar da divergência entre os ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ambos os votos proferidos no julgamento pautaram-se nas disposições da Constituição, isto é, tais disposições foram consideradas tanto para entender pela impossibilidade quanto para entender pela possibilidade de extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 a todas as modalidades de aposentadoria.

Na solução da controvérsia, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça exerceu sua função precípua de interpretar e uniformizar a lei federal infraconstitucional, nos termos da Constituição, escolhendo, dentre as interpretações possíveis, a que, a juízo da maioria dos ministros, melhor atende à ordem normativa constitucional.

Como destacado na Seção 3.2 deste trabalho, caso haja controvérsia sobre a interpretação, cumpre ao Supremo Tribunal Federal exercer sua função precípua de guardião da Constituição, por meio do recurso extraordinário propriamente dito, e verificar a constitucionalidade da interpretação dada à lei federal pelo Superior Tribunal de Justiça, evitando a difusão de tal interpretação, se esta for considerada desconforme à Constituição. Mas, ressalte-se, o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função após o Superior Tribunal de Justiça exaurir a interpretação da legislação federal infraconstitucional.²⁷⁹

emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 394.

²⁷⁶ Idem. p. 415.

²⁷⁷ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 416.

²⁷⁹ Sobre o ponto: MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 110-1.

3.7 Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, data do julgamento 23/5/2012

O Recurso Especial n. 1.269.570/MG foi interposto por Célia Terezinha Manzan contra acórdão que,

em sede de apelação, entendeu pela ocorrência da prescrição, por considerar que o prazo prescricional para a repetição de Imposto de Renda incidente sobre verbas percebidas a título de ‘férias-prêmio’ conta-se em 5 (cinco) anos, na forma do Decreto n. 20.910/32, a contar da data da retenção da verba na fonte (pagamento), aplicando-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005.²⁸⁰

A recorrente sustentou contrariedade ao art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005²⁸¹, pois, “para os pagamentos efetuados antes da vigência da lei mencionada, o prazo prescricional para a repetição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação conta-se em dez anos a partir da ocorrência do fato gerador”²⁸².

O Ministro Relator decidiu receber o recurso como representativo de controvérsia, em razão da multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito.²⁸³

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento, à unanimidade, nos termos da ementa seguinte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 536.

²⁸¹ Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei. (BRASIL. **Lei Complementar n. 118**, de 9 de fevereiro de 2005).

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 536.

²⁸³ Idem. p. 536.

para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.²⁸⁴

Em seu voto, o Ministro Relator ressaltou que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que é possível a aplicação retroativa da Lei Complementar n. 118/2005, “para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)”. Acrescentou que a “prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início somente a partir de sua vigência, [...], salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo”. O que significa que, “relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e, relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior”²⁸⁵. Para chegar a tal posicionamento, a Corte de Justiça teve por fundamento dispositivos constitucionais.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, que tratou do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito tributário, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que “o marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional deve levar em consideração a data do ajuizamento da ação em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005)”²⁸⁶.

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO.

²⁸⁵ Idem. p. 540.

²⁸⁶ Idem. p. 543.

Ante tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça modificou, na forma do art. 543-C do CPC de 1973²⁸⁷, o posicionamento anterior, firmado também pela sistemática de recursos repetitivos, a fim de adequar a jurisprudência ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência para realizar a interpretação final quando se trata de dar à lei interpretação conforme à Constituição. Assim, o Ministro Relator compreendeu que

para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN²⁸⁸. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.²⁸⁹

No caso, ocorreu a hipótese já mencionada nas seções anteriores: o Superior Tribunal de Justiça exaure sua função de interpretar a legislação federal infraconstitucional, nos termos da Constituição, e o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, exerce sua função de guardião da constituição, verificando qual interpretação referente àquela matéria é compatível com as normas constitucionais.

Observa-se que, em nenhum momento, o Superior Tribunal de Justiça usurpou da competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, o Tribunal havia exaurido sua função de interpretar a lei federal infraconstitucional, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição, e, em momento posterior, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre qual interpretação da matéria encontra compatibilidade com as normas constitucionais. Assim, a Corte de Justiça, reconhecendo o entendimento da Corte Suprema, modificou sua jurisprudência.

3.8 Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para o acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, data do julgamento 10/8/2016

²⁸⁷ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...] (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

²⁸⁸ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. (BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966).

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 549.

No Recurso Especial n. 1.144.469/PR, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça analisou dois recursos, interpostos pelas partes Fazenda Nacional e HUBNER COMPONENTES E SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA. – contribuinte – em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que se posicionou no seguinte sentido:

A omissão do Poder Executivo em regulamentar o inc. III do par. 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 não tem o condão de restringir o direito do contribuinte de excluir da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.²⁹⁰

A Fazenda Pública alegou violação dos arts. 535 do CPC²⁹¹, 3º, § 2º, III, da Lei n. 9.718/98²⁹² e 111 do CTN²⁹³.

O recorrente HUBNER COMPONENTES E SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA., contribuinte, alegou violação dos arts. 535 do CPC, 3º da LC n. 7/70²⁹⁴, 2º da LC 70/91²⁹⁵ e 3º, § 2º, da Lei n. 9.718/98.

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 957.

²⁹¹ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

²⁹² Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

III - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001). (BRASIL. **Lei n. 9.718**, de 27 de novembro de 1998).

²⁹³ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966).

²⁹⁴ Art. 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas: [...] (BRASIL. **Lei Complementar n. 7**, de 7 de setembro de 1970).

²⁹⁵ Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente. (BRASIL. **Lei Complementar n. 70**, de 30 de dezembro de 1991).

As teses recursais foram submetidas ao julgamento dos recursos repetitivos para apreciação conjunta, tendo a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferido acórdão nos termos da ementa seguinte:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A *contrario sensu* é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. Nº 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago.

Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a

técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax on tax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de 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".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ: Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes". Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".

Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: "O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica".

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.²⁹⁶

O Ministro Relator proferiu voto, que foi vencido, no sentido de dar provimento aos dois recursos interpostos. Em seus fundamentos, ponderou que a matéria versada no recurso especial é de natureza infraconstitucional, entendimento firmado, também, segundo ele, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo meramente reflexa eventual ofensa à Constituição Federal.²⁹⁷

Entendeu, tanto na análise do recurso da Fazenda Nacional quanto no exame do recurso do contribuinte, que não houve a alegada violação do art. 535 do CPC/1973.²⁹⁸

No mérito, deu provimento ao especial da Fazenda Nacional para firmar a tese seguinte:

[...] o art. 3º, § 2º, III da Lei 9.718/98 é norma de eficácia limitada, exigindo regulamentação pelo Poder Executivo para se tornar aplicável e, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, e a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1.991-18/2000; por conseguinte, as chamadas transferências à terceiros integram a base de cálculo do PIS/COFINS.²⁹⁹

Ao analisar o recurso do contribuinte, o Ministro Relator deu provimento para firmar a tese de que

as verbas recebidas a título de tributo indireto são verbas que transitam apenas pelo contribuinte de direito e que devem ser repassadas aos reais titulares do *quantum* apurado, razão pela qual não podem ser incluídas no faturamento da empresa para quantificar valores devidos a título de PIS e de COFINS.³⁰⁰

Para considerar que faturamento refere-se à riqueza obtida pelo contribuinte do exercício de sua atividade empresarial, o Ministro Relator analisou o art. 195, I, *b*, da Constituição Federal³⁰¹.

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO.

²⁹⁷ Idem. p. 959.

²⁹⁸ Idem. p. 959.

²⁹⁹ Idem. p. 962.

³⁰⁰ Idem. p. 977.

³⁰¹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

O Ministro Mauro Campbell Marques proferiu voto-vista. Acompanhou o relator no que diz respeito ao provimento do recurso da Fazenda Nacional e, quanto ao recurso do contribuinte, negou provimento, sendo acompanhado pela maioria dos ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o Ministro ponderou que o entendimento de que o ICMS não pode compor a base de cálculo das contribuições do PIS/PASEP e COFINS por não representar capacidade econômica do contribuinte não encontra respaldo no art. 145, § 1º, da CF³⁰².³⁰³

Em análise às disposições constitucionais, afirmou que a Constituição Federal só veda a inclusão de um imposto na base de cálculo de outro no art. 155, § 2º, XI³⁰⁴. Colacionou entendimento do STF no sentido de que é possível que imposto componha a base de cálculo de outro imposto e demonstrou a ocorrência de tal hipótese em outras espécies de tributos. Mais à frente, indicou julgado do STF que considerou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, uma vez que o ICMS é estranho ao conceito de faturamento e constitui ônus fiscal. Considerou, entretanto, que o julgado proferido pelo STF não poderia ser tomado como posicionamento definitivo da Corte, ante a pendência de julgamento do RE n. 574.706/PR – com repercussão geral, bem como que o posicionamento do STF, no sentido de que o tributo constitui ônus fiscal, só é válido para casos de substituição tributária.³⁰⁵

Demonstradas as razões de decidir, o ministro sugeriu a tese de que

b) a receita ou o faturamento; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

³⁰² Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 982.

³⁰⁴ Art. 155.

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 1.006.

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.³⁰⁶

Da leitura do acórdão, verifica-se que, para chegar à conclusão de que o ICMS compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça procedeu à interpretação da questão à luz da Constituição Federal. Nos dois votos proferidos, os ministros utilizaram dispositivos constitucionais para firmar seu entendimento acerca da interpretação da norma infraconstitucional.

Sobre o assunto, questão importante a ser observada é a ocorrência de julgamento – Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da mesma matéria.

O Ministro Relator do recurso especial em comento salientou que o Supremo Tribunal Federal já havia entendido que a matéria era de natureza infraconstitucional, tendo o julgamento sido proferido em 10/8/2016.

Entretanto, posteriormente, em 15/3/2017, no julgamento do mencionado Recurso Extraordinário n. 574.706/PR – com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.³⁰⁷

Observa-se, no caso, que a ausência de definição clara de qual das Cortes era competente para uniformizar e interpretar a questão resultou em dois julgamentos sobre a mesma questão e com soluções opostas.

3.9 Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, data do julgamento 11/10/2017

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.144.469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. para o acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 1.008.

³⁰⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017.

O Recurso Especial n. 1.411.258/RS foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no seguinte sentido:

A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.³⁰⁸

O recorrente alegou violação dos arts. 535 do CPC³⁰⁹, 16, § 2º, da Lei 8.213/91³¹⁰, com redação dada pela Lei 9.528/97, e 2º, § 1º, da LICC³¹¹.

O Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, ante a não interposição de recurso extraordinário, pois o acórdão recorrido dirimiu questão com fundamentos de ordem infraconstitucional e constitucional.³¹²

Na origem, o recurso foi admitido como representativo de controvérsia, em razão da “multiplicidade de recursos especiais com fundamento em questão idêntica de direito e em razão da diversidade de fundamentos do acórdão e dos argumentos apresentados pelo recorrente”³¹³. No Superior Tribunal de Justiça, o recurso foi submetido à sistemática de julgamento de recursos repetitivos.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento nos termos da ementa seguinte:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, p. 375.

³⁰⁹ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

³¹⁰ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...]

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991).

³¹¹ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942).

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, p. 377.

³¹³ Idem. p. 377.

TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente de mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento,

justamente quando se vêm desamparados, expostos a riscos que fazem periclitir a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3º.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

10. Recurso Especial do INSS desprovido.³¹⁴

O Ministro Relator, em seu voto, deixou de acolher a manifestação do Ministério Público Federal e conheceu do recurso especial. Ponderou que a questão é de inquestionável relevância jurídica e que a interseção do acórdão recorrido com dispositivos da Carta Magna é apenas oblíqua, reflexa ou indireta, assim como todas as demandas relativas a Direito Previdenciário, a proteção da criança e do adolescente, dentre outras. Complementou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não conheceu de recursos extraordinários interpostos em casos análogos, por considerar ser meramente reflexa a ofensa à Constituição.³¹⁵

Ao analisar a possibilidade ou não do pagamento de pensão por morte ao menor sob guarda, quando o óbito do segurado tenha ocorrido após a vigência da MP n. 1.523/96 – reeditada e convertida na Lei n. 9.528/97, alterou o art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/96 e excluiu o menor sob guarda da fruição de pensão por morte – o Ministro Relator elencou três questões que envolvem o tema: a proibição ao retrocesso de direitos sociais, a especialidade e a generalidade das leis e a interpretação das regras infraconstitucionais nos termos das normas constitucionais.³¹⁶

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO.

³¹⁵ Idem. p. 381.

³¹⁶ Idem. p. 382.

O Ministro ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento pacífico de que, em caso de morte ocorrida após a vigência da MP n. 1.523/96, o menor sob guarda não tinha direito à concessão do benefício de pensão por morte. Entretanto, a Corte passou a reconhecer tal direito do menor sob guarda.³¹⁷

Nos fundamentos do voto, o Ministro salientou que não se deve perder de vista que a condição do menor resulta de situação essencialmente fática, de modo que, falecendo seu mantenedor, não se pode deixar o hipossuficiente ao desabrigo de qualquer proteção, “máxime quando se achava sob guarda, forma de tutela que merece estímulos, incentivos e subsídios do Poder Público, conforme compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, § 3º, VI, da CF³¹⁸”³¹⁹. Acrescentou que a alteração da Lei n. 8.213/96 “não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo nas diretrizes constitucionais de isonomia e proteção à criança e ao adolescente”³²⁰.

O relator ponderou que a exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes da Previdência Social investe contra a eficácia da Constituição Federal, que, em seu art. 227, impôs à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais. E mais, “foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”³²¹. E o legislador deve atentar-se ao princípio da proibição

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 385.

³¹⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988).

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 390.

³²⁰ Idem. p. 390.

³²¹ Idem. p. 391.

do retrocesso, em outras palavras, não pode suprimir de forma arbitrária a previsão legal infraconstitucional que concretiza direito fundamental social³²².

Noutro ponto, fundamenta que, acaso o legislador quisesse realmente excluir o menor sob guarda do rol de beneficiários da pensão por morte, teria modificado, também, a Lei n. 8.069/90. A Lei n. 8.213/91 foi silente quanto ao menor sob guarda, sendo assim, “diante de norma específica que estende a pensão por morte aos menores nessa situação, deve ser reconhecida a eficácia desta última, por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais”.³²³

Entendeu, então, pela prevalência da Lei n. 8.069/90 – art. 33, § 3º³²⁴, por ser norma específica e compatível com a Constituição Federal, bem como por respeitar a orientação do art. 227 da CF.³²⁵

A Ministra Assusete Magalhães proferiu voto-vista, posicionando-se no mesmo sentido do voto proferido pelo Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, isto é, no sentido de que, “se o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 tornou-se silente quanto ao direito à pensão do menor sob guarda, subsiste norma infraconstitucional específica – art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, que não foi revogado”³²⁶.

Em análise aos fundamentos que embasaram o julgamento e que foram aqui expostos de forma sucinta, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça deu solução à demanda atento ao que dispõe a Constituição Federal, no que concerne aos direitos da criança e do adolescente.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a norma tida pelo recorrente como violada, em verdade, foi silente quanto ao menor sob guarda. Entretanto, norma específica, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma não revogada e anterior à supressão do menor sob guarda dos dependentes elencados na Lei n. 8.213/91,

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 392.

³²³ Idem. p. 400.

³²⁴ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 13 de julho de 1990).

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO. p. 402.

³²⁶ Idem. p. 413.

prevê que a guarda de criança ou adolescente confere-lhe a condição de dependente, inclusive para direitos previdenciários. Assim, a prevalência do referido estatuto é que encontra conformidade com a proteção conferida pelo art. 227 da Constituição Federal.

A partir da interpretação nos termos ou conforme à Constituição, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal poderia analisar se tal interpretação realmente é a mais adequada dentre as possíveis e se encontra compatibilidade com as normas constitucionais.

Como afirmado anteriormente, salienta-se que, quando se trata de interpretação de lei infraconstitucional, tal função é de incumbência do Superior Tribunal de Justiça, que deve exaurir sua função, ainda que para tanto seja necessário proceder a reflexões constitucionais, como no caso, para que, então, se necessário, o Supremo Tribunal Federal atue como guardião da Constituição Federal.

3.10 Um juízo analítico acerca da jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio dos julgamentos em observação: percepções ao cenário atual

Após a análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que o tribunal tem o entendimento de que a análise de questões constitucionais quando do julgamento de recurso especial configura usurpação da competência reservada à Corte Suprema.

Entretanto, observa-se, também, que, reiteradas vezes, o Superior Tribunal de Justiça procede à fundamentação constitucional, sem restrições, para chegar à interpretação mais adequada da legislação federal infraconstitucional.

Os acórdãos prolatados no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.682.678/SP, n. 1.114.604/PR e n. 1.359.570/SP exemplificam oportunidades em que o Superior Tribunal de Justiça limitou-se à interpretação do direito federal infraconstitucional e posicionou-se no sentido de que não era possível a análise de fundamentos constitucionais em sede de recurso especial.

Já no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.648.305/RS, n. 1.269.570/MG, n. 1.144.469/PR e n. 1.411.258/RS, a Corte Superior procedeu à fundamentação constitucional.

Destacam-se os votos proferidos no julgamento do Recurso Especial n. 1.648.305/RS, em que os ministros invocaram preceitos constitucionais tanto para deferir quanto para indeferir a pretensão deduzida no recurso, isto é, tanto para entender pela impossibilidade quanto para entender pela possibilidade de extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 a todas as modalidades de aposentadoria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se analisa fundamento constitucional pela via especial tem sido mitigada pelo próprio tribunal. Este fato demonstra que o ponto de contato hermenêutico com a Constituição é inevitável em certos temas, tais como os analisados – direito tributário, direito previdenciário, direito da criança e do adolescente, mas não deve se restringir a estes, pois a intensa constitucionalização do direito está a exigir a interpretação das leis nos termos das disposições constitucionais.

Ao invocar as normas da Constituição Federal para dar solução a recursos especiais, a Corte Superior infirma sua orientação vigente, no sentido de que não se analisa matéria constitucional em sede de recurso especial.

3.11 Consequências jurídico-políticas da posição adotada pela referida Corte Superior. No caso, como concretizar a força normativa da Constituição, assim como as premissas de um Estado Constitucional, na interpretação do direito federal infraconstitucional?

A oscilação de posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, ora pela impossibilidade de análise de questões constitucionais e ora procedendo à análise sem limites das reflexões constitucionais, gera consequências jurídico-políticas.

A obscuridade na definição da competência das Cortes Suprema e Superior resulta, por vezes, em análise da mesma questão pelos dois tribunais, como no caso do citado Recurso Especial n. 1.144.469/PR³²⁷. Além do mais, tem por consequência a incerteza dos jurisdicionados acerca de qual recurso interpor e, também, dos tribunais de segundo grau de jurisdição, que têm a função de admitir os recursos interpostos para os tribunais superiores.

A atuação da Corte Superior, nos moldes demonstrados, gera instabilidade jurídica para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a sociedade, assim como o notório prejuízo

³²⁷ Seção 3.8.

interpretativo, que se verifica quando o tribunal priva sua atuação hermenêutica do viés constitucional.

Com respeito e sem desconsiderar o notório saber jurídico dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, não se mostra adequado o posicionamento de que o tribunal não pode analisar questões constitucionais quando do julgamento de recurso especial, pois, no modelo de Estado adotado pelo Brasil, qual seja, o Estado constitucional, vige a supremacia da norma constitucional não só quando da elaboração das normas infraconstitucionais, mas, também, quando da interpretação delas.

Não se concebe a formação de precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sem que este proceda à interpretação das questões versadas em recursos especiais nos termos da Constituição Federal de 1988, pois esta é a norma basilar, fundamental e superior do ordenamento jurídico brasileiro.

Como tratado na Seção 1.4, a norma constitucional tem maior força normativa quando tem mais correspondência com as demandas a ela contemporâneas. A possibilidade de adaptação das previsões constitucionais às constantes modificações político-sociais reafirma sua superioridade normativa.³²⁸ Assim, deixar de aplicar as normas constitucionais aos poucos pode causar a perda da respeitabilidade da norma maior do Estado constitucional e de sua vontade³²⁹.

Portanto, para que seja respeitada a Constituição e concretizada a sua força normativa, a Corte Superior de Justiça deve, no exercício de sua função precípua de interpretar e uniformizar o direito federal infraconstitucional, analisar as demandas contemporâneas nos termos das previsões constitucionais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar eventual inconstitucionalidade da interpretação ou mesmo a necessidade de mutação das normas constitucionais, a fim de preservar a forma normativa destas.

3.12 Alternativas possíveis à jurisprudência aplicada: soluções que parecem palatáveis ao quadro atual, sobretudo para que respeitada a competência precípua do Supremo Tribunal Federal

³²⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung). p. 20-1.

³²⁹ Ibidem. p. 21.

Após as análises realizadas nas seções antecedentes, verifica-se a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça rever o posicionamento adotado, isto é, o entendimento de que o exame de questões constitucionais no recurso especial configura usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça é Corte de precedentes. Por tal razão, não se concebe a possibilidade de o tribunal proferir decisões judiciais vinculantes sem atentar-se às disposições da norma superior.

Como já discorrido neste capítulo, há duas hipóteses em que o Superior Tribunal de Justiça procede à análise da Constituição: quando realiza o controle difuso de constitucionalidade e quando realiza a interpretação das normas federais infraconstitucionais nos termos da Constituição.

Cabe salientar, novamente, que o controle de constitucionalidade ocorre quando “há negação da compatibilidade do dispositivo, em sua interpretação possível, com a Constituição”³³⁰. No controle de constitucionalidade, é necessário integrar ou modificar o texto legal para proteger a lei³³¹.

Por outro lado, “[a] interpretação conforme ou nos termos da Constituição se situa dentro do círculo das interpretações possíveis”, isto é, “das interpretações que podem ser extraídas do dispositivo legal *sem que a norma decorrente do texto tenha que ser limitada, estendida ou em parte substituída*”³³².

Pois bem. O Superior Tribunal de Justiça, então, quando da análise de recursos especiais em que a interpretação da matéria exija a análise de questões constitucionais, não pode se eximir de interpretar a questão nos termos da Constituição.

Reconhecendo a necessidade de atender às exigências de um Estado constitucional, parece oportuno que o Superior Tribunal de Justiça exerça sua função precípua de interpretar a legislação infraconstitucional conforme à Constituição e inaugure diálogos institucionais

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 55 (grifo no original).

³³¹ Ibidem. p. 55.

³³² Ibidem. p. 55 (grifo no original).

com o Supremo Tribunal Federal, a fim de que se defina, de forma mais precisa, a competência de cada uma das Cortes na interpretação do direito federal e, por consequência, não haja prejuízo aos órgãos do Poder Judiciário e nem aos jurisdicionados.

Considerações finais

A pesquisa teve o propósito de discutir a atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte de precedentes, diante da sua função constitucional de interpretar e dar sentido à legislação federal infraconstitucional, uniformizando-a em todo o território nacional, bem como de proceder à análise crítica acerca do posicionamento da Corte Superior de Justiça quando há reflexão de questões constitucionais no recurso especial.

O trabalho teve por objetivo geral analisar o papel de Corte de precedentes atribuído ao Superior Tribunal de Justiça e a possibilidade ou não de análise de questões constitucionais, no recurso especial, mormente quando tratar-se de acórdão que configura precedente qualificado.

Além disso, teve por objetivos específicos analisar a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, a divisão de competências entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e as exigências de um Estado constitucional, verificar a relação entre a Corte Superior e a Constituição, discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça diante de recursos especiais em que há reflexão de questão constitucional e as consequências de tal posicionamento e propor possíveis soluções para o problema.

O texto monográfico foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo teve por objeto o estudo das influências dos precedentes na atuação dos tribunais brasileiros. Para tanto, analisou-se a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com as mudanças introduzidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente no que concerne à instituição de tribunal cuja função precípua é interpretar e uniformizar o direito federal infraconstitucional, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça.

Discorreu-se, também, sobre o fim maior da instituição de tribunais de superposição, com jurisdição em todo o território nacional, bem como sobre a natureza política e a obrigatoriedade das decisões por eles proferidas. Por fim, em reflexão sobre as modificações introduzidas pelo neoconstitucionalismo, procedeu-se à análise das repercussões geradas pelo surgimento do mencionado fenômeno.

No segundo capítulo, buscou-se elucidar as competências constitucionalmente atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça e o objetivo de tal atribuição, que é garantir a

aplicabilidade, a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional. Examinou-se a instituição dos recursos especiais repetitivos, como prenúncio de um sistema de precedentes obrigatórios, cujo objetivo é o fortalecimento do papel de uniformizar a interpretação de matéria infraconstitucional.

Adentrando à questão da (im)possibilidade de análise de questões constitucionais em sede de recurso especial, atentou-se à relação entre o Superior Tribunal de Justiça e a Constituição Federal, ao controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro e à interpretação nos termos das normas constitucionais. Por fim, realizou-se uma introdução às considerações a serem realizadas no último capítulo, no que diz respeito ao posicionamento da Corte Superior sobre a análise de questões constitucionais.

No terceiro e último capítulo, procedeu-se a uma compilação de estudos acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando há reflexão de questões constitucionais em recurso especial. Demonstrou-se a importância de discutir os julgados e, após proceder à análise crítica, realizou-se um juízo analítico sobre a jurisprudência objeto de pesquisa. Discutiui-se, por fim, as consequências jurídico-políticas do posicionamento adotado pela Corte e as soluções para o problema verificado.

Inicialmente, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição Federal de 1988 com o objetivo de distribuir a competência antes atribuída apenas ao Supremo Tribunal Federal, que, com a competência abrangente que lhe foi determinada, estava em crise.

As inovações da Constituição Cidadã não pararam por aí. As Cortes de superposição assumiram a responsabilidade de proferir decisões políticas. Isso porque houve intensa constitucionalização de direitos, com um texto constitucional analítico, bem como a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

A função primordial das Cortes Suprema e Superior revela-se em interpretar e uniformizar, em última análise, as matérias constitucional e infraconstitucional, respectivamente, garantindo a igualdade de prestação jurisdicional através do exercício da jurisdição em todo o território nacional. Portanto, as decisões por elas proferidas assumem o importante caráter de decisões políticas, que repercutem nacionalmente e uniformizam o tratamento concedido aos jurisdicionados.

Não é por outro motivo que as decisões proferidas pelas Corte de superposição, que configuram precedentes qualificados, devem ser observadas pelos juízes e tribunais na aplicação do direito em casos idênticos ou semelhantes. O objetivo maior de todo esse sistema é garantir isonomia na prestação jurisdicional.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo e com a necessidade de preservar a supremacia da Constituição e sua força normativa, todos os juízes e tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, passaram a exercer suas funções jurisdicionais atentando-se à Constituição Federal. Deixou de prevalecer a ideia do positivismo exacerbado, que concebe a atuação dos juízes e tribunais como meros aplicadores do que está positivado.

Apesar de a tradição jurídica brasileira ser de *civil law*, a evolução do sistema jurídico aproximou a atividade dos julgadores àquela realizada pelos juízes que atuam em um sistema de *common law*. A atividade jurisdicional carece de interpretação das leis infraconstitucionais, e esta está imbricada com a interpretação das normas constitucionais, pois, como já afirmado, as normas inferiores não devem prevalecer se não guardarem compatibilidade com a Constituição.

A partir de tais análises, passou-se ao estudo da atuação do Superior Tribunal de Justiça, como Cortes de precedentes. A função do tribunal revela a importância das decisões por ele proferidas.

Sabe-se que foram instituídos tribunais com competências especializadas, quais sejam, eleitoral, trabalhista e militar. O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, não cuida de matéria específica. As questões que não dizem respeito à matéria de competência dos tribunais especializados, é de incumbência da Corte Superior. Sua competência, ademais, divide-se em originária, recursal ordinária e recursal extraordinária – recurso especial. A pesquisa restringiu-se ao recurso especial, pois é através dele que a função primordial do Superior Tribunal de Justiça é desempenhada.

A função universalizadora da Corte Superior foi fortalecida pela instituição do recurso especial repetitivo. A sistemática de julgamento de recursos repetitivos permite o julgamento conjunto de processos que discutem questões idênticas, proporcionando isonomia na resolução dos casos. Há previsão no sentido de que é cabível, inclusive, reclamação contra decisão que descumpra a tese firmada no julgamento de recursos repetitivos.

A função do Superior Tribunal de Justiça precisa ser exercida, assim como a de todos os órgãos do Poder Judiciário, com observância à Constituição. Por terem sido distribuídas entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça as competências de interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional, nesta ordem, a Corte Superior defronta-se em situações em que há questões constitucionais que precisam ser analisadas para que se proceda à interpretação da norma infraconstitucional, mas sem ferir a competência do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda que de maneira não uniforme, consolidou a posição de que não se analisa controvérsia constitucional em recurso especial. Houve oportunidades em que a Corte procedeu a julgamento de casos com fundamentação constitucional, sem restrições. O que se observa, entretanto, é que não há exata definição do que pode ou não ser analisado, quando se trata de reflexão de questão constitucional, mas que a Corte Superior tende a declarar que sua análise configura usurpação de competência da Corte Suprema.

O posicionamento do tribunal repercute nos ideais democráticos brasileiros, consubstanciados pelos princípios da primazia da norma constitucional, com a preservação de sua força normativa, assim como os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois, quando a Corte Superior abstém-se de interpretar a lei nos termos da Constituição, esta deixa de ser preservada.

A pesquisa foi fomentada pelo interesse em contribuir academicamente com um compilado de estudos em torno da atuação do Superior Tribunal de Justiça em relação à Constituição Federal, isto é, sobre a discussão concernente às competências constitucionalmente atribuídas à Corte Suprema e à Corte Superior e a ausência de exata separação de competências quando se trata de matéria de legislação infraconstitucional relacionada a questões constitucionais.

A posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça produz impactos na afirmação do Estado constitucional brasileiro, que, como destacado ao longo do trabalho, tem por norma basilar e superior a Constituição Federal, uma vez que, se o Superior Tribunal de Justiça deixa de analisar a questão federal à luz das disposições constitucionais, a norma suprema deixa de ser observada por um órgão do Poder Judiciário, que não pode abster-se de guardá-la, ainda que não seja esta sua função precípua.

Ao final, dentre as possibilidades de solução desse problema, sugeriu-se que deve haver alteração radical de posicionamento da Corte Superior, a fim de tornar viável a formulação de juízos de valor constitucionais em seus julgados proferidos em sede de recurso especial, evidenciando a força normativa da Constituição, principalmente quando as decisões nele proferidas gerarem precedentes qualificados, bem como que se estabeleça diálogo institucional entre as Cortes de superposição com o objetivo de melhor delinear as competências constitucionais a elas atribuídas.

Referências

ALVIM, Angélica Arruda. ASSIS, Araken de. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. **Comentários ao Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015.** Saraiva, São Paulo, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro.** 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional** – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça.** *In:* Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, abril/2014, p. 215-46.

BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no Novo Código de Processo Civil: a valorização do *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro.** Revista de Processo. Vol. 253. Março de 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone. 1995.

BRASIL. **Ato Institucional n. 2,** de 27 de outubro de 1965.

_____. **Ato Institucional n. 6,** de 1º de fevereiro de 1969.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. **Código Tributário Nacional.** Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** 1937.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** 1946.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1967.

- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.
- _____. **Decreto-lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942.
- _____. **Lei Complementar n. 7**, de 7 de setembro de 1970.
- _____. **Lei Complementar n. 70**, de 30 de dezembro de 1991.
- _____. **Lei Complementar n. 118**, de 9 de fevereiro de 2005.
- _____. **Lei n. 9.718**, de 27 de novembro de 1998.
- _____. **Lei n. 8.177**, de 1 de março de 1991.
- _____. **Lei n. 8.212**, de 24 de julho de 1991.
- _____. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991.
- _____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.
- _____. **Lei n. 11.672**, de 8 de maio de 2008.
- _____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 10, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403>. Acesso em: 19 mai. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.114.604/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/5/2012.
- _____. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.359.570/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.648.305/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Redatora para o acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/8/2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça / Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 394 p.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 8 ago. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3. 720 p.

DIDIER JR., Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes. 2 ed. Capítulo 17. Juspodivm. 2016.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung).

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação dos recursos especial e extraordinário**. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado). 2007.

PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos: uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação final (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná/UFPR.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 5. Número especial. 2015.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 54-77, jan./abr. 2017.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Judiciário, Políticas Públicas e limites de atuação: questões sobre ativismo e o papel do STJ**. Notícias. 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Judici%C3%A1rio,-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-e-limites-de-atua%C3%A7%C3%A3o:-quest%C3%B5es-sobre-ativismo-e-o-papel-do-STJ. Acesso em: 6 abr. 2019.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Contra os precedentes obrigatórios**. Páginas de direito. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contras-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em: 15 abr. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III**. 51. ed. rev., e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 172. p. 121. Jun/2009. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf. Acesso em: 1º abr. 2019.