

PRECEDENTES NO NOVO PROCESSO CIVIL E REFLEXOS NO PROCESSO TRIBUTÁRIO: ANÁLISE DE CASOS NO BRASIL¹

PRECEDENTS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE AND REFLEXES IN THE TAX PROCEDURE: ANALYSIS OF CASES IN BRAZIL

PRECEDENTES EN EL NUEVO PROCESO CIVIL Y REFLEJOS EN EL PROCESO TRIBUTARIO: ANÁLISIS DE CASOS EN BRASIL

Jeferson Teodorovicz²

Arthur Mendes Lobo³

Jezer Munhoz⁴

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Tributário. Direito Processual Tributário. Direito Processual Civil.

Resumo

Esta pesquisa tem como fim analisar o instituto dos precedentes no novo Código de Processo Civil e a aplicação que ele possui no âmbito processual tributário. Para tanto, realizou-se investigação acerca da teoria dos precedentes no âmbito do processo civil, especialmente em relação à experiência estrangeira, e seus reflexos no Processo Civil brasileiro contemporâneo. Busca-se, assim, reunir elementos para averiguar os reflexos dos precedentes (e suas respectivas instrumentalizações) na esfera do processo tributário brasileiro.

Palavras-chave: Direito Tributário. Processo Processual Tributário. Direito Processual Civil. Precedentes.

¹ Recebido em 24/04/2019. Aceito para publicação em 31/04/2019.

² Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestre em Direito pela PUCPR. Advogado. Professor de Direito Tributário e Processo Tributário dos cursos de Direito da Uninter, da Unidombosco e Professor Substituto do Curso de Direito da UFPR. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado Acadêmico em Direito) da Universidade Católica de Brasília. Líder e Orientador do Projeto de Pesquisa “Controle da Administração: Jurisdição Tributária, Financeira e Modulação de Efeitos”, realizado no Curso de Direito da Uninter. E-mail: jeferson.teodorovicz@yahoo.com.br

³ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação MBA em Gestão Contábil e Tributária. Professor adjunto da Universidade Federal do Paraná (UFPR), vinculado ao Departamento de Ciências Contábeis. E-mail: arthur.lobo@wambier.com.br

⁴ Graduando em Matemática pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Direito pela UNINTER. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica “Controle da Administração: Jurisdição Tributária e Financeira, Consequencialismo e Modulação de Efeitos” da Uninter. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6927-4956>. E-mail: munhoz@jezermunhoz.com. Site: www.jezermunhoz.com.

Abstract

This research aims to analyze the institute of precedents in the new Code of Civil Procedure and the application that it has in the tax procedural scope. For that, research was done on the theory of precedents in the civil procedure, especially in relation to the foreign experience, and its reflexes in the contemporary Brazilian Civil Procedure. It seeks, therefore, to gather elements to ascertain the reflexes of the precedents (and their respective instrumentalizations) in the sphere of the Brazilian tax procedure.

Keywords: Tax Law. Tax Procedure. Civil Procedural Law. Precedents.

Resumen

Esta investigación tiene como fin analizar el instituto de los precedentes en el nuevo Código de Proceso Civil y la aplicación que él posee en el ámbito procesal tributario. Para ello, se realizó una investigación sobre la teoría de los precedentes en el marco del proceso civil, especialmente con relación a la experiencia extranjera, y sus reflejos en el Proceso Civil brasileño contemporáneo. Se busca, así, reunir elementos para averiguar los reflejos de los precedentes (y sus respectivas instrumentalizaciones) en la esfera del proceso tributario brasileño.

Palabras clave: Derecho tributario. Proceso Tributario. Derecho procesal civil. Los precedentes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Precedentes Judiciais: 2.1. Precedentes no novo Código de Processo Civil; 2.1.1. Delimitação e visão geral; 2.2. A transição no Direito brasileiro. 3. Reflexos dos precedentes no processo tributário brasileiro; 3.1. Supremo Tribunal Federal; 3.2. Superior Tribunal de Justiça. 4. Conclusão. 5. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Legal precedents: 2.1. Precedents in the new Code of Civil Procedure; 2.1.1. Delimitation and overview; 2.2. The transition in Brazilian law. 3. Consequences of precedents in the Brazilian tax process; 3.1. Federal Court of Justice; 3.2. Superior Justice Tribunal. 4. Conclusion. 5. References.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precedentes Judiciales: 2.1. Precedentes en el nuevo Código de Proceso Civil; 2.1.1. Delimitación y visión general; 2.2. La transición en el Derecho brasileño. 3. Reflejos de los precedentes en el proceso tributario brasileño; 3.1. Supremo Tribunal Federal; 3.2. Superior Tribunal de Justicia. 4. Conclusión. 5. Referencias.

1 INTRODUÇÃO

A experiência jurídica brasileira não possui tradição no uso de precedentes judiciais, especialmente pela formação jurídica nacional, historicamente pautada na experiência romana-continental, que em muitos aspectos se contrapõe à tradição

anglo-saxã, prevalecente nas experiências inglesa e norte-americana. Contudo, por fatores abaixo compreendidos, é crescente o reconhecimento (seja doutrinário, legislativo e jurisprudencial) da importância dos precedentes na realidade judicial brasileira.

No Processo Tributário, pela ausência de uma codificação específica processual tributária no Brasil, adota-se subsidiariamente as normas constantes no Código de Processo Civil brasileiro, o que acaba sofrendo no Processo Tributário os reflexos – inclusive legislativos – do Processo Civil.

Enquanto reflexo direto da influência de sistemas jurídicos baseados na tradição da *common law*, a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro é importante instrumento incorporado recentemente na legislação brasileira, sob o argumento da celeridade e dinamicidade do trâmite processual. Assim, considerando a novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, que disciplina e incorpora legalmente a instrumentalização dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, buscou-se analisar os primeiros reflexos do uso dos precedentes no processo tributário brasileiro, especialmente considerando a experiência estrangeira.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS

A relevância da investigação da problemática dos precedentes judiciais não é sem motivo, afinal, nos últimos anos, é crescente a aplicação da sistemática dos precedentes em todos os campos do Direito. Naturalmente, tal fenômeno liga-se diretamente ao “Novo Código de Processo Civil” (Lei 13.105/15), que determina que tribunais devem homogeneizar a jurisprudência. A segurança jurídica, em muitos aspectos, fundamenta e fortalece a aplicação dos precedentes judiciais, especialmente quando se busca que sobre o mesmo assunto não sobrevenham divergências de diversos tribunais (BECHO, 2017, pp. 505 a 509).

Para Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 240), é inadmissível que sobrevenham diversas interpretações para casos semelhantes, sendo isso um desrespeito ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da igualdade.

Segundo Luís Roberto Barroso, a segurança jurídica assinala:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (BARROSO, 2001, p. 50-51).

Em certa medida é possível afirmar que a segurança jurídica possui um aspecto formalista, através do qual ela estaria garantida a partir do momento que as leis estivessem sendo cumpridas, independente do seu conteúdo, ou seja, “uma segurança na positividade do Direito” (DERBLY, 2004, p. 109).

Para além disso, também esse aspecto formalista atinge o procedimento em si considerado, que também tem relação com a segurança jurídica. Sobre essa vertente, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Segue daí que os ideais de justiça (justiça dos procedimentos) tenham a ver também com ‘segurança jurídica’: um procedimento de Estado de Direito deve não só assegurar um resultado justo, em um processo de decisão, mas também e ao mesmo tempo (por meio de determinadas normas e de modo suficiente) um decorrer previsível desse proceder decisório. Essa conjugação do aspecto formal e material justifica, assim, a classificação da justiça do procedimento como um caso particular, ao lado da justiça material e da segurança jurídica. (BARROSO, 2001, p. 50-51).

Entretanto, também parece ser possível afirmar que a segurança está relacionada à aplicação de leis positivadas, respeitando as garantias fundamentais da pessoa humana⁵. Eis o aspecto material da segurança jurídica:

Sabe-se que há textos legais que comportam diversas interpretações, todas elas sustentáveis e, portanto, em tese, possíveis. Esta é uma das causas em virtude das quais há jurisprudência conflitante: Tribunais que têm entendimentos diferentes a respeito de qual seja o sentido da lei. Ao que

⁵ Porém, assim se dará apenas quando for a segurança jurídica aplicada não apenas em seu sentido formal, mas também em seu aspecto material. Vale dizer, não bastará que se cuide da certeza do Direito e da previsibilidade de seus efeitos para o particular – será imperioso que o haja previsibilidade e confiabilidade também na aplicação das normas jurídicas, mediante a utilização adequada das técnicas hermenêuticas e de modo a que não ocorram arbitrariedades. O controle da arbitrariedade somente será possível enquanto as decisões do Estado – sejam administrativas ou judiciais – forem devidamente fundamentadas, mesmo porque a decisão carente de motivação expressa, de per se, será arbitrária. A garantia da segurança jurídica material exigirá, como elemento acessório (mas, nem por isso, dispensável) a sindicabilidade das decisões do Poder Público, permitindo-se que o cidadão conheça a justificação da decisão que afeta a sua esfera individual e, se o quiser, faça uso dos meios legítimos para a sua impugnação.” (FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 128-129 e WAMBIER, 2007, p. 07-08).

parece, todavia, o princípio da legalidade e o da isonomia, verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem desejáveis soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias. É a necessidade de uniformizar a jurisprudência, a necessidade de se evitar que a situações idênticas se dêem soluções diferentes, com base no mesmo texto de lei. Um destes "métodos" é o da extensão ampla que se empresta à eficácia da sentença e à respectiva coisa julgada nas ações coletivas lato sensu. Outro, a possibilidade de o Poder Legislativo suspender a eficácia de determinado texto legal, tido como inconstitucional apenas incidenter tantum. (...) O fato de o sistema "tolerar" decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável! É apenas fruto da talvez impossibilidade de que um sistema seja inteiramente aparelhado para evitar que isto ocorra.(...) Sempre nos pareceu desejável, para os fins de se gerar dose mais elevada de previsibilidade, que se prestigie a tendência de que certo texto de lei venha a comportar um só entendimento, que se considere correto. O princípio da isonomia significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei: logo, a lei deve a todos tratar de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico. (WAMBIER, 2007, p. 07 – 08).

Nesse sentido, o artigo 926 do Código de Processo Civil (CPC) dispõe expressamente: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

O artigo 926 deve ser interpretado, aliás, conjuntamente com o teor do artigo 927 e seus incisos do CPC, que avançam na busca pela uniformização decisória no sistema jurídico brasileiro:

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, 2015).

Reforça-se que um dos principais argumentos utilizados pela defesa da progressiva aplicação da doutrina dos precedentes na experiência judicial brasileira, refere-se ao princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica, que se direciona ao estabelecimento de uma relação equilibrada, estável e previsível entre Estado e cidadão, o que, na realidade tributária, é elemento de grande sensibilidade (TEODOROVICZ, 2016, p. 68).

Na relação tributária, o pêndulo que une o Estado e o cidadão sempre foi de considerável instabilidade. Por isso, faz sentido que os esforços pela elevação da segurança jurídica, que se perfaz em diversas normas jurídicas tendentes a fortalecê-la, alcançasse peculiar atenção da literatura, da legislação e da própria jurisprudência especializada. O Direito Tributário, no desenvolver da sua própria história, sempre procurou encontrar e aplicar métodos que equilibrassem essa relação jurídica tributária estabelecida entre o Fisco (Estado) e o sujeito passivo dessa relação (TEODOROVICZ, 2016, p. 68).

Por tais motivos, pode-se depreender que no Direito Tributário, conforme se observa em abalizada doutrina, que a preocupação com a segurança jurídica é elevada em sua máxima intensidade, o que se reflete na própria interpretação do sistema jurídico tributário, pois o referido princípio é de elevada generalidade e abstração, gerando princípios específicos que buscam reforçá-lo, como é o caso da própria legalidade tributária, da irretroatividade tributária, da anterioridade tributária e da tipicidade tributária (TEODOROVICZ, 2016, p. 78).

Por tais motivos, deve-se considerar também o fato de que, no Direito Tributário (e, logo, no próprio Processo Tributário), a aplicação da Teoria dos Precedentes (agora consagrada legislativamente), e sua consequente tendência à homogeneização decisória, deve atender aos particulares contornos que a segurança jurídica apresenta em matéria tributária.

2.1 Precedentes no novo Código de Processo Civil

2.1.1 Delimitação e visão geral

Primeiramente, deve-se considerar a problemática dos precedentes judiciais à luz da teoria das fontes do Direito. Nesse sentido, recorde-se que fontes formais geralmente têm sido divididas entre duas classificações: as estatais e as não-estatais. Quanto às estatais, pertencem a elas as fontes legislativas, jurisprudenciais (súmulas e precedentes judiciais, por exemplo) e convencionais (convenções e tratados internacionais). Quanto às não-estatais, sabe-se que faz parte o Direito consuetudinário (costume jurídico), a produção científica da literatura especializada (doutrina) e as convenções em geral (DINIZ, 2009, p. 22 e 23).

A expressão “jurisprudência” refere-se ao conjunto de decisões judiciais sobre determinada matéria (independentemente de serem harmônicas, uníssonas ou não) (VENOSA, 2005, p. 49). Basta, portanto, que tais decisões reiteradas pelo Poder Judiciário se refiram ao mesmo assunto.

Por outro lado, a designação de “precedente” é utilizada para a decisão judicial de particular relevância e influência que, pelas particularidades do caso concreto e pelos fundamentos jurídicos adotados para sua resolução, servirá como modelo para julgamento de casos análogos futuros (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; 2015, p. 441).

Ocorre que, não raramente, na hipótese de ausência de norma jurídica específica para fundamentar a resolução de determinada questão, o tribunal pode atuar consolidando entendimento, a partir de técnicas hermenêuticas aplicadas ao caso concreto, formando, assim, através da *ratio decidendi*, o chamado “precedente” sobre determinado assunto. A solução hermenêutica ao caso concreto, pelo esforço decisório do tribunal, pela força argumentativa, torna-se o precedente a ser aplicado aos casos posteriores versados sobre a mesma problemática, isto é, sob o mesmo problema jurídico (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; 2015, pp. 442 a 444).

Em outras palavras, precedentes são partes de decisões de tribunais, cujo conteúdo das decisões contenham algumas razões ou princípios sob as quais foram fundamentadas, sendo vinculantes aos tribunais de mesmo grau e aos de segundo grau (BARBOZA, 2014, p. 217 *apud* GOODHART, 1930, p. 164).

Os precedentes, em linhas bastante gerais, são aplicados quando a norma jurídica não for suficiente para atender ao caso que é objeto de análise do julgador. É comum que muitas leis tragam consigo algumas lacunas que são encontradas no cotidiano, na aplicação da norma. Por isso, as decisões dos tribunais recebem ainda maior importância com a incorporação deste instituto no sistema jurídico brasileiro, já que, ao se uniformizar determinada decisão relativa ao caso concreto, permite-se que outros tribunais possam embasar suas decisões.

Atualmente, os precedentes são aplicados até mesmo em hipóteses que a norma apesar de suficientemente clara, violar o ordenamento jurídico (em caso de antinomia) ou quando afrontar os princípios constitucionais ou postulados normativos estruturantes de cada microssistema.

Na lição de William Santos Ferreira, “a norma, isoladamente considerada, é *estática*, mas quando interpretada passa a ser *dinâmica*, já que a criatura (a lei) se

desprende de seu criador (o legislador) e (...) na interpretação se 'procura a *voluntas legis*, não a *volutas legislatoris*' (FERREIRA, 2005, p. 817-818).

Ensina-nos Miguel REALE (2004, p. 167) que, no Brasil, o conceito de jurisprudência quer significar a "prática dos tribunais", quando caracterizada por certa continuidade, isto é, a "forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais". Por essa interpretação, pode-se depreender que a aplicação dos precedentes, adaptando-a à tradição jurídica brasileira, assemelha-se, em alguns aspectos, aos instrumentos consagrados de integração da lei previstas no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), qual seja: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (BRASIL, 1942).

Ainda, o artigo 5º da LINDB também apresenta importante mandamento a ser considerado na aplicação dos precedentes em matéria processual: "Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." (BRASIL, 1942). A jurisprudência é um código norteador das decisões futuras, a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou da fonte emanadora: a lei, a doutrina etc.

No entanto, a crise de legitimidade das decisões judiciais no sistema brasileiro decorre, em grande medida, da insegurança jurídica causada por decisões conflitantes. Há um grande número de demandas existentes nos Tribunais que não conseguem solucionar tantos conflitos.

A ocorrência de múltiplas decisões com conclusões distintas para situações idênticas ou semelhantes revelam um sistema deficiente pela incoerência e desarmonia, o que gera, em última análise, desigualdade na aplicação do direito e imprevisibilidade para condutas futuras⁶.

Note-se que, com o Novo Código de Processo Civil, surgiram várias inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da expansão da

⁶ "O sistema judicial brasileiro está longe de ofertar aos jurisdicionados litigantes uma adequada capacidade de calcular o resultado de suas ações e/ou de seus recursos. Ao contrário, é indiscutível que se tem um elevado grau de divergência jurisprudencial, não sendo incomum ocorrer de uma idêntica questão fática e jurídica ser decidida de modo diverso pelo mesmo tribunal, situação que ocorre inclusive nos tribunais superiores. E este cenário brasileiro traz consequências importantes, quando analisado à luz da análise econômica do processo". (MACHADO e DIAS, 2014, p. 402).

possibilidade de modulação de efeitos das decisões proferidas em casos concretos e nos mecanismos de julgamento de diversas ações sobre mesma matéria (ILANA e BAGGIO, 2017, p. 174; TEODOROVICZ, 2016, p 81).

Exemplificativamente, o incidente de resolução de demanda repetitiva trata-se de um procedimento para julgar casos em que se repetem, pelo segundo grau de jurisdição. Já a assunção de competência refere-se à possibilidade de julgamento de relevante questão de Direito, com repercussão geral, mas na hipótese de não repetição em diferentes processos. Nestes dois casos, aliás, produzir-se-ão efeitos vinculantes (MELLO e BARROSO, 2016, p. 18 e 19).

Observando-se a experiência processual comparada, especificamente no que diz respeito à história do Direito Processual italiano, de onde a experiência brasileira retira importantes lições, cuja experiência processual em muito se assemelha à primeira, pode-se notar que o reconhecimento de dois poderes fundamentais é perene: o poder de prestar justiça ou autoridade judicial (Estado) e o direito de ação (cidadãos) (ZANZUCCHI, 1964, p. 3).

Essa estrutura judicial, a qual é semelhante em algumas características a do Brasil, permite que, na relação entre Estado e cidadão, seja possível extrair alguns traços de decisões a partir de conflitos. Por isso, nos países do *common law*, há muito tempo tem sido adotado uma postura que respeita as decisões dos tribunais, surgindo, assim, maior tendência à homogeneidade jurisprudencial.

De fato, o reforço do papel da jurisprudência em sistemas jurídicos não é caso isolado no Brasil, mas um reflexo que encontra conexão em diferentes fenômenos, jurídicos ou políticos. A crescente importância da jurisprudência é tendência registrada em praticamente todos os países ocidentais (de tradição anglo-saxã ou europeia-continental), especialmente a partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando eclodem o pós-positivismo, no campo da filosofia do Direito, assim como o constitucionalismo democrático, que impulsiona posterior onda de Constituições Democráticas na Europa, refletindo-se, com maior ou menor rapidez, na própria experiência latino-americana (e brasileira).

A valorização dos princípios em face das regras e a elevação do caráter axiológico desses, também favorece o esforço jurisprudencial (interpretando-os e aplicando-os ao caso concreto) perante a tradição legislativa, enquanto fonte formal primordial do Direito.

Onde antes havia o império da lei (formal, emanada pelo Poder Legislativo), passa-se a fortalecer, progressivamente, a força jurisprudencial, o que foi reforçada pela elevação dos tribunais ou cortes superiores, especialmente aquelas responsáveis pelo resguardo das Constituições. Assim, a força jurisprudencial é fenômeno observável em diferentes experiências jurídicas nacionais, do qual o Brasil não se exclui, e a tendência à elevação da temática dos precedentes judiciais apenas reforça e consolida tendência harmonizadora que já aparecia em outros institutos como as súmulas, e as próprias súmulas vinculantes com efeitos *erga omnes*.

Exemplificativamente, a justificativa para a inserção constitucional da “súmula vinculante”, consolidada pela EC 45 de 2004, que introduziu o inciso LXXVIII, do art.5^a, da Constituição da República (CR), consagrando o princípio da razoável duração do processo e da celeridade processual, foi basicamente a mesma para a adoção dos precedentes, isto é, conferir “celeridade e uniformidade no julgamento das questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal” (LOBO, 2015, p.97).

Um dos subscritores do presente estudo já teve a oportunidade de registrar que:

A súmula vinculante brasileira inaugura, em todo o mundo, uma nova sistemática que admite a elaboração de normas cogentes, munidas de efeito *erga omnes* e providas de comando genérico e abstrato, assim como são as leis, porém com uma característica peculiar, a de serem elaboradas e editadas pelo Judiciário (LOBO, 2015, p.98).

No caso dos precedentes, a lógica e os fundamentos para sua inserção legislativa recente são bastante semelhantes.

Ademais, ainda que o Estado atue para garantir a força coativa e coercitiva do Direito, destinado a qualquer pessoa e contra qualquer pessoa, promovendo e fiscalizando o cumprimento da lei, ou mesmo reprimindo atos cometidos contrariamente à ela (REDENTI e VELLANI, 2000, p. 6), não se pode deixar de considerar as peculiaridades acima, pois preexistentes à própria consagração da prática dos precedentes, e atribuíveis à própria relação entre Estados e cidadãos (ZANZUCCHI, 1964, p. 3).

Assim, a supremacia do Poder Legislativo enquanto fonte formal principal do Direito passa a sofrer tendência a uma certa relativização, onde a autoridade judicial

estatal, na aplicação da lei, ganha papel de destaque. A sensação, inclusive política, da inércia ou ineficiência dos representantes do povo, enquanto integrantes do Poder Legislativo, em alguns aspectos, também colabora para o reforço dessa problemática, fortalecendo argumentos pró-jurisprudenciais.

Por tais motivos, cresce a importância da jurisprudência enquanto fonte formal do Direito e, agora oficialmente, dos precedentes judiciais. A ideia central, como não poderia deixar de ser, crava-se na perspectiva que os integrantes do Poder Judiciário apresentariam qualidade técnica superior aos membros do Poder Legislativo, abrindo leque para decisões que melhor se adequariam ao caso concreto. Ao Poder Legislativo restaria a preocupação com questões de ordem gerais, ao passo que ao Poder Judiciário seria concedida, progressivamente, a prerrogativa de decidir, muitas vezes com efeitos vinculantes e *erga omnes*, questões concretas levadas ao juízo e de particular relevância no sistema jurídico brasileiro.

2.2 A transição no Direito brasileiro

A progressiva elevação do papel jurisprudencial pode ser observada na experiência brasileira, cuja consagração já aparecia antes mesmo da inserção legislativa dos Precedentes, como se pode observar nas súmulas de diversos tribunais, como o Supremo Tribunal Federal (STF), que apresentam, inclusive, a prerrogativa de editarem súmulas com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Essas súmulas são, de certa forma, resumos de tendências de decisões sobre determinadas matérias de Direito, utilizadas continuamente e reiteradamente pelo respectivo Tribunal (VENOSA, 2005, p. 50).

Nesse sentido, veja-se o artigo 103-A da Constituição da República:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (BRASIL, 1988).

Assim, seguindo a tendência à elevação do papel jurisprudencial enquanto fonte formal do Direito, pode se perceber de fato que houve uma transição gradual no Direito brasileiro, até que o novo CPC codificou os precedentes judiciais.

A própria utilização reiterada de juristas, observando e relatando a experiência estrangeira bem-sucedida na aplicação deste instituto, favoreceu aos legisladores, amplamente influenciados por renomados processualistas brasileiros, que participaram ativamente dos debates e da própria redação da reforma do novo Código de Processo Civil, levando os legisladores a determinarem sua utilização geral no Processo Civil brasileiro.

Vê-se, também, que o próprio Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 479, influenciou significativamente o CPC de 2015, ao determinar que, após voto da maioria absoluta dos membros integrantes do tribunal, seria objeto de súmula, fazendo parte de precedente na uniformização de jurisprudência (WAMBIER e WAMBIER, 2015, p. 437).

Nesse sentido, *in verbis*:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. **Parágrafo único.** Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Assim, pode-se antever que a consagração legislativa dos precedentes precedia o vigente CPC. Porém, até aquele momento anterior ao código processual atual, a utilização de precedentes não era automática. Era necessário que fosse cumprido rito específico para que, posteriormente, fosse possível a uniformização de jurisprudência.

Este cenário, porém, mudou com o novo Código, já que passou a ser possível a desvinculação parcial desse fenômeno jurídico do Estado, e sua aplicação passou a ser imediata, ou seja, não é necessário que o poder jurisdicional do Estado venha a determinar quais decisões podem ou não ser consideradas precedentes judiciais. Simplesmente eles devem ser aplicados pelos tribunais pela utilização reiterada de contornos de outras decisões.

Portanto, mesmo que o Brasil não tenha a mesma tradição cultural emanada da *common law*, devido às necessidades jurídicas e judiciais, adotou-se uma postura parecida com a de diversos países (DIDIER JR., 2016, p. 59 a 61).

Na Inglaterra, como é sabido, adota-se o *common law*. As decisões dos tribunais são a fonte do direito primordialmente, produzindo efeitos vinculantes.

São as peculiaridades da matéria que fazem com que seja possível decisões sobre casos parecidos produzam efeitos normativos (MELLO e BARROSO, 2016, p. 12).

Reforce-se que o costume, enquanto fonte do Direito, erigido pela observância reiterada de determinadas regras, consubstanciadas pelo tempo e com caráter normativo, enquanto direito não escrito (GONÇALVES, 2011, p. 50). Na experiência de *common law*, os costumes apresentam particular importância.

Nesse contexto, os precedentes ingleses são construídos pelo *ratio decidendi*. Significa que aquele que está julgando não pode modificar o que foi outrora decidido (BECHO, 2017, p. 520). Essas decisões dão suporte aos casos futuros, com o objetivo de manter decisões homogêneas.

Na lição de Silvio Venosa, a origem do *common law* advém dos costumes, e que, posteriormente, foi se reforçando através da adoção dos precedentes dos tribunais. Naquele contexto, a decisão judicial cria o Direito (VENOSA, 2005, p. 105).

Mas, note-se que também existe a possibilidade da não aplicação do precedente na Inglaterra. Nesse aspecto, é possível que não se vislumbre qualquer precedente sobre determinado tema levado a juízo. Assim, o julgador deverá buscar princípios gerais de Direito para resolver o caso concreto (BECHO, 2017, p. 522 e 523).

De forma análoga, o precedente sobre determinado tema pode existir, mas é distinto em relação à matéria que está sendo apreciada pelo julgador.

Nesse contexto, Renato Lopes Becho, que produziu importante estudo sobre a temática dos precedentes, menciona as lições de Manchester e Salter, os quais afirmam que podem existir mais alguns fatos materiais que impeçam a aplicação de precedentes. Também existe a possibilidade de não estarem presentes alguns fatos relevantes, os quais impedem a sua aplicação enquanto precedente ao caso concreto posterior. Contudo, nesse caso, o juiz deve fundamentar as razões de o precedente não ser aplicado ao caso em análise (BECHO, 2017, p. 523).

Quanto à aplicação específica dos precedentes, conhece-se o *distinguishing*, pois leva em consideração o fato de que a decisão exarada anteriormente não é aplicável ao caso em análise, porquanto as situações fáticas não possuem ligações em comum, numa perspectiva material (BARBOZA, 2014, p. 227).

Na entrega da prestação jurisdicional, o juiz deve analisar não apenas a tese escolhida dentre as que lhe foram apresentadas pelas partes. Deve, sim, enfrentar todas as questões de fato e de direito trazidas pelas partes e apresentar os motivos de rejeição das teses afastadas, bem como a justificativa da acolhida da tese vencedora.

Ainda, existe também a hipótese de o precedente ser desaprovado ou superado. Nesse caso, segundo Manchester e Salter, lembrados por Becho, o caso anterior poderá ser mantido como precedente, mas, contudo, não é recomendável que seja aplicado a casos futuros. Ademais, o mesmo pode ser superado, quando um precedente anterior cessa de possuir efeitos (BECHO, 2017, p. 523 e 24).

Conforme Barboza (2014, p. 229), citando Duxbury (2005, p. 119), é possível que um tribunal supere alguma decisão anterior pelos seguintes motivos: 1) Mal aplicação do precedente pelo julgador. 2) Não aplicação de determinada legislação pelo julgador. 3) Revogação do precedente anterior. 4) Causa interpretação errônea do Direito.

Além disso, reforce-se que pode o precedente ser uma decisão equivocada para atender aquele caso concreto. Essa situação ocorre quando decisão anterior exarada foi considerada proferida por descuido (*per incuriam*) (BECHO, 2017, p. 524-526).

Observe-se que em países como a Itália, França, Alemanha, Espanha e Portugal, são aplicados o *civil law* (DALLEFI e ROQUE, 2016, p. 2). Porém, especificamente na Itália, existem dois tribunais superiores: Corte Costituzionale e Corte di Cassazione. A primeira trata sobre Direito Constitucional, conforme o artigo 134 da Constituição da República Italiana:

O Tribunal Constitucional julga: em disputas relativas à legitimidade constitucional de leis e atos, tendo força de lei, o Estado e as regiões; nos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e entre o Estado e as regiões e entre as regiões; sobre as acusações contra o Presidente da

República, de acordo com a Constituição.⁷ (CORTE Costituzionale, tradução nossa).

Por outro lado, a segunda Corte citada tem o objetivo de observar exatamente e fazer interpretação uniforme da lei, unidade do Direito nacional, respeitando diferentes jurisdições. Ou seja, sendo ela como “(...) última instância para a maioria das questões civis e criminais (...)” (SILVA, 2012, p. 113), toma decisões sobre matéria de que não trate sobre a Constituição:

Na Itália, o Supremo Tribunal de cassação está no topo da jurisdição ordinária; entre as principais funções que lhe são atribuídas pela lei fundamental em ordem judicial de 30 de janeiro de 1941 n.º 12 (Art. 65), há para garantir “a observância exata e interpretação uniforme da lei, a unidade de direito objetivo nacionais, respeitando os limites das diferentes jurisdições”. Uma das características fundamentais da sua missão essencialmente nomofilática e unificadora, destinada a garantir a certeza na interpretação da lei (para além da emissão de sentenças de terceiro grau) é o facto de, em consonância com princípio, as disposições em vigor não permitem ao Tribunal de cassação conhecer os factos de um caso, exceto quando decorrem dos actos já adquiridos no processo nas fases que antecederam o procedimento e apenas na medida em que é necessário conhecê-los para avaliar os remédios que a lei permite usar para motivar um recurso no próprio tribunal.⁸ (CORTE Suprema di Cassazione, tradução nossa).

Há de se destacar que, quanto à Corte di Cassazione, a “uniformização da jurisprudência se dá principalmente por meio de máximas proferidas por esta Corte, que são publicadas pelo Ufficio de Massimario (...)” (SILVA, 2012, p. 113).

À semelhança da experiência brasileira, o sistema jurídico italiano, igualmente, possui raízes na tradição romanística do *continental law*. Porém, gradualmente também vem aplicando métodos que se assemelham com o *common*

⁷ Original: La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

⁸ Original: In Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria; tra le principali funzioni che le sono attribuite dalla legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) vi è quella di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Una delle caratteristiche fondamentali della sua missione essenzialmente nomofilattica ed unificatrice, finalizzata ad assicurare la certezza nell'interpretazione della legge (oltre ad emettere sentenze di terzo grado) è costituita dal fatto che, in linea di principio, le disposizioni in vigore non consentono alla Corte di Cassazione di conoscere dei fatti di una causa salvo quando essi risultino dagli atti già acquisiti nel procedimento nelle fasi che precedono il processo e soltanto nella misura in cui sia necessario conoscerli per valutare i rimedi che la legge permette di utilizzare per motivare un ricorso presso la Corte stessa.

law, porquanto o tribunal citado tem objetivo de uniformizar a jurisprudência, primordialmente através de máximas. Pode-se dizer que os precedentes estão presentes, pelo fato de os juízes selecionarem contornos de decisões anteriores, e utilizá-las em outras decisões. É a *ratio decidendi*.

As máximas as quais são referidas, como exposto, são traços de sentenças, sendo que “são determinadas levando-se em conta a reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais adequada com a lei e com o senso comum de justiça.” (SILVA, 2012, p. 113).

Assim, a experiência jurídica vislumbrada, em outras realidades judiciais, registra semelhante fenômeno, mesmo aquelas com fortes tradições oriundas do Direito romano continental. A permeabilidade da influência anglo-saxã nessas experiências justifica-se por diferentes motivos, conforme já demonstrado, e fortalece-se através da necessidade de maior dinamização, eficiência e celeridade jurisprudencial.

Vê-se que no século XXI foi destacado pela facilidade do acesso à informação jurisprudencial (e à publicação online de decisões judiciais); o crescimento da aplicação de decisões anteriores sobre idêntico assunto tornou-se cada vez mais presente na realidade nacional.

Tal fato reforça-se na experiência brasileira, que passou a reconhecer o precedente judicial, inclusive codificando-o no novo CPC. A tradição consuetudinária, alicerce da aplicação dos precedentes, encontra no novo CPC importante instrumento legislativo.

3 REFLEXOS DOS PRECEDENTES NO PROCESSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

No presente tópico, pretende-se apresentar alguns dados iniciais relativos à aplicação recente de precedentes na experiência brasileira, especialmente considerando o período posterior à entrada em vigor do novo CPC/2015.

Nesse sentido, priorizar-se-á a experiência judicial dos tribunais superiores brasileiros, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já que as decisões desses tribunais superiores são relevantes a ponto de se refletirem em instâncias inferiores (mesmo quando ainda não sumuladas).

3.1 Supremo Tribunal Federal

Em sede Recurso Extraordinário, julgado pelo STF, o Fisco interpôs Recurso buscando ver reconhecido seu direito de calcular e recolher a contribuição do PIS, considerando os fatos geradores ocorridos no período entre 01/07/1997 e 90 (noventa) dias após a data de publicação da EC 17/97 (Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 3)⁹.

No caso em tela, o tribunal de primeira instância decidiu que a referida Emenda não feriu o prazo de anterioridade previsto na Constituição da República, tendo em vista que a aplicação flui a partir da publicação da MP, não perdendo eficácia na possibilidade de conversão em Lei, desde que editado outro provimento dentro do prazo de validade de 30 (trinta) dias (Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 3)¹⁰.

A problemática girou em torno do artigo 195, §6º da Constituição, que define que as contribuições sociais somente poderão ser exigidas após 90 (noventa) dias a partir da publicação da lei. Veja-se:

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:

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b". (BRASIL, 1988).

De forma geral, no Recurso Extraordinário, a parte questiona “a ofensa aos princípios da irretroatividade das leis e da anterioridade das contribuições sociais.” (Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 3)¹¹, já que o que se procurava era a arrecadação pelo fisco de valores do PIS durante os primeiros noventa dias.

O relator, Ministro Teori Zavascki, entendeu que o PIS só pode ser exigido na forma legal determinada. Em outras palavras, só pode ser cobrado após decorridos

⁹ Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão geral no recurso extraordinário 848.353 São Paulo. Inteiro teor do acórdão, 12/05/2016. Relator Min. Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11006992>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

90 (noventa) dias a partir da publicação da Emenda (Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 8)¹².

Ainda, antes mesmo de reconhecer o direito do contribuinte em detrimento do entendimento do Fisco, o Ministro invocou precedentes de outras turmas da Corte. Observa-se que sobre o mesmo caso já existiam decisões precedentes que denegavam o direito do Fisco em arrecadar valores antes de decorrer os noventa dias.

Neste sentido, o STF tem se baseado em decisões anteriores para decidir sobre casos posteriores. Esses se fundamentam em casos semelhantes, extraíndo os contornos das decisões anteriores e aplicando-os nas novas decisões de que tratam sobre problemas idênticos.

Essa tendência, conforme foi exposto, impede que existam decisões ambíguas reiteradas sobre mesma matéria, garantindo maior segurança jurídica daqueles que dependem do judiciário para resguardar seus direitos.

Acrescente-se que essa decisão advém do ano de 2016. Contudo, neste caso, não foi aplicado o novo CPC inteiramente, por se tratar de matéria anterior à sua vigência. De qualquer forma, adotou-se o fenômeno jurídico dos precedentes judiciais, o qual é remetido ao CPC de 2015.

3.2 Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça, foi interposto Recurso Especial em prol de um funcionário público do Estado de Minas Gerais, o qual pleiteava a devolução de valores pagos a título de contribuição social, destinada ao financiamento dos serviços de saúde pública do Estado de Minas Gerais, alegando que esta contribuição havia sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Superior Tribunal de Justiça, 2016, p. 1)¹³.

A inconstitucionalidade foi declarada tendo em vista a compulsoriedade, a obrigatoriedade, em aderir aos serviços. Conforme foi exposto pelo Ministro Herman

¹² Ibidem.

¹³ Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial nº 1.348.679 – MG (2012/0213357-3). Acórdão, 23/11/2016. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1422329&tipo=0&nreg=201202133573&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170529&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Benjamin, deve ser provado que o referido funcionário público foi obrigado a aderir aos serviços do Estado de Minas Gerais (Superior Tribunal de Justiça, 2016, p. 12)¹⁴. Veja-se o teor da Lei Estadual (Lei Complementar 64 de 25/03/2002) posteriormente afastada:

Art. 85 – O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva aos seus dependentes.

§ 4º – A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para o pagamento da folha dos servidores públicos do Estado. (ASSEMBLEIA, 2002, grifo nosso).

A inconstitucionalidade não foi declarada por completo quanto ao termo “contribuição”, porquanto o benefício pode ser custeado por meio de pagamento facultativo por aqueles que dele quiserem aderir (Superior Tribunal de Justiça, 2016, p. 14)¹⁵.

É possível que o Estado disponibilize serviços de saúde voltados para seus servidores, contudo, não pode obrigar que todos eles se vinculem aos serviços, cobrando valores sem o consentimento dos mesmos (Superior Tribunal de Justiça, 2016, p. 16)¹⁶.

Analisando a decisão exarada, pode-se concluir que o teor da decisão não indica qualquer recurso à interpretação nova sobre o caso – que, aliás, nem poderia, por se tratar de matéria constitucional –, mas simplesmente recorre a decisões anteriores de que tratam sobre a matéria e seus contornos, fundamentando a respectiva decisão a partir dessas experiências jurisprudenciais precedentes:

(...)

1. Artigo 85, caput, da LC n. 64 estabelece que "o IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes". A Constituição de 1988 --- art. 149, § 1º --- define que "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social". O preceito viola o texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão "definidos no art.79" contida no artigo 85, caput, da LC 64/02.

2. Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir.

3. O artigo 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde --- "plano de saúde complementar". Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo "compulsoriamente" contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica.

5. Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] da expressão "definidos no art. 79" --- artigo 85, caput, da LC 64/02 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais. [ii] do vocábulo "compulsoriamente" --- §§ 4º e 5º do artigo 85 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais.

(ADI 3106, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010EMENT VOL-02416-01 PP-00159 REVJMG v. 61, n. 193, 2010, p. 345-364) (SUPERIOR, 2016, p. 13 e 14).

Esse posicionamento demonstra o quão os tribunais superiores estão empenhados em homogeneizar suas decisões, tendência que se reforçará com a progressiva aplicação dos precedentes judiciais, inclusive em matéria tributária.

4 CONCLUSÃO

Assim, a gestão dos riscos judiciais tem recebido, a cada dia, maior atenção dos contribuintes no fechamento de balanços contábeis, auditorias e nas concentrações empresariais (v.g., fusão, incorporação, joint ventures, holdings, cisão de empresas).

A gestão dos riscos processuais se baseia, em grande medida, na jurisprudência. Vale dizer, quando o empresário analisa se o risco de perda de uma ação judicial é possível, remoto ou provável, ele o faz observando preponderantemente os precedentes dos Tribunais, notadamente dos Tribunais Superiores.

Porém, no Brasil, o grande entrave na quantificação dos riscos (leia-se, contingenciamento) tem sido a extensa gama de decisões judiciais conflitantes entre si. Vale dizer, a oscilação dos entendimentos jurisprudenciais tem sido cada vez mais frequente, trazendo inúmeros reflexos negativos para o meio empresarial como um todo e para o próprio desenvolvimento econômico do país, pois impede novos

investimentos em áreas produtivas no Brasil e, conseqüentemente, gera prejuízos para toda a população.

A já conhecida “jurisprudência lotérica”¹⁷ tem causado enorme insegurança jurídica aos contribuintes. Conseqüentemente, vem freando o desenvolvimento do país, a geração de empregos, a circulação de riquezas, dentre outros reflexos negativos.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II da CF/88). Significa dizer, em última análise, que o comportamento humano ou empresarial deve ser pautado segundo a lei interpretada pelos Tribunais.

Se os Tribunais não chegam a um consenso em relação à determinada matéria, essa instabilidade incentiva o “demandismo”, pois, diante de alteração constante de entendimento, o fundamento jurídico, utilizado hoje, pode não ser o de amanhã. Essa instabilidade jurídica faz com que pessoas ajuízem ações contando com a sorte de o processo vir a ser julgado por determinado Magistrado ou Câmara ou Turma, acreditando que o entendimento mais recente poderá encampar a tese defendida¹⁸. Além disso, essa mesma instabilidade da jurisprudência faz aumentar o número de recursos.

No processo tributário, a expectativa é que progressivamente passe-se a adotar com maior vigor os precedentes judiciais, até porque a codificação dos mesmos no art.926 do novo Código de Processo Civil não necessariamente inovou, mas consolidou tendência que já aparecia no Código de Processo Civil anterior (1973).

A experiência dos precedentes, fortemente desenvolvida em países de tradição common law, vai gradualmente se inserindo em sistemas jurídicos de tradição romanística, como é o caso do Brasil. Experiências estrangeiras análogas também facilitaram a compreensão dos motivos pelos quais os precedentes tendem a ser cada vez mais utilizados no âmbito judicial brasileiro.

¹⁷ Vale conferir: Cândido Rangel DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 15; Eduardo CAMBI, **Jurisprudência Lotérica**, p. 154.

¹⁸ Sobre o tema, vale conferir: Teresa Arruda Alvim WAMBIER, **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito civil law e common law**, p. 53-62.

Da mesma forma, com a aplicação subsidiária do Processo Civil no processo tributário, não há que se olvidar que a problemática se fortalecerá rapidamente na experiência judicial em matéria tributária.

Aos esforços de homogeneização decisória pode-se acrescentar diferentes fundamentos que passam pela exigência de maior dinamicidade ou celeridade em julgamentos, até mesmo pela eficiência processual.

Naturalmente, a segurança jurídica, baluarte do Direito Tributário, deve ser considerada em todos os seus reflexos, na hipótese de aplicação de precedente no direito tributário. A utilização de precedentes implica na extração das decisões traços ou contornos e aplicá-las em decisões posteriores. A aplicação de precedentes também se reforça na hipótese de lacuna legal, aproximando-se também das chamadas técnicas de integração da norma jurídica, através da aplicação da *ratio decidendi*.

Assim, torna-se compreensível a gradual consagração da utilização de precedentes como critério para homogeneização decisória na experiência brasileira, que foi também inspirada pela tradição da *common law* inglesa e norte-americana, que também influenciou outros países de tradição romanística, levando à codificação do instituto no art.926 do novo CPC de 2015, que passa a consolidar expressamente o instituto como valioso instrumento legislativo a orientar decisões jurisdicionais.

A tendência dos próprios Tribunais Superiores (STJ e STF) em recorrer às experiências anteriores dos precedentes é consolidada pelo Novo CPC, que passa a fornecer suporte legal para aplicação dessa sistemática.

Naturalmente, no âmbito do processo tributário, ainda que aplique subsidiariamente as normas do Direito Processual Civil, deve-se ter em mente também que as peculiaridades ínsitas à matéria tributária devem ser consideradas na aplicação dos precedentes. Isso porque não apenas a dinamicidade e a celeridade são critérios para eficiência decisória. A segurança jurídica, que no Direito Tributário alcança importantes contornos e intensidade não facilmente observada em outros campos do Direito, fornece o tom específico com que a temática dos precedentes deve ser observada.

Por esse motivo, a aplicação da teoria dos precedentes, agora expressamente consagrada legislativamente no Direito brasileiro, deve tomar em consideração essas características do Direito Processual Tributário, sob pena de

subverter a própria segurança jurídica que a aplicação dos precedentes defende reforçar.

Enfim, sem uma orientação uniformizada e mais estável nos Tribunais, os empresários não conseguem prever, com pouca margem de erro, os riscos de suas ações judiciais, nem tampouco estabelecer parâmetros para tomada de decisões estratégicas de mercado.

Tal situação cria entraves para a economia, já que, embora o risco seja inerente a qualquer atividade empresarial, os riscos, inerentes aos negócios, devem ser determináveis. Hoje, a previsão objetiva das teses acolhidas e rejeitadas se concretiza em raras situações jurídicas, o que é inadmissível em um Estado que tem o desenvolvimento nacional¹⁹ como objetivo fundamental da República Brasileira (art. 3º, inc. II, da CF/88).

O resultado é que muitos empresários preferem investir em outros países, nos quais a incerteza se mostra, não raro, consideravelmente menor.

Os setores da economia e da sociedade clamam pela aprovação de novas leis e emendas constitucionais que facilitem a previsibilidade das decisões judiciais²⁰.

Sabe-se que as normas processuais, por si só, não solucionariam o problema da insegurança jurídica causada pela chamada jurisprudência lotérica. Mas elas poderiam prever o efeito vinculativo em determinados precedentes, o que poderia propiciar um sistema com menos insegurança jurídica.

¹⁹ Sobre o tema, cf. Nelson NERY JUNIOR, **Boa-fé objetiva e segurança jurídica**.

²⁰ A súmula vinculante foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Há projetos de leis infraconstitucionais que almejam a criação de um sistema de precedentes com efeitos vinculantes. Em que pese seja possível argumentar que seria necessária a aprovação de emenda constitucional também para a criação desse sistema de precedentes em respeito ao princípio do juiz natural e ao duplo grau de jurisdição, pensamos que, por haver outros princípios constitucionais do processo que se chocam com aqueles dois outros princípios (v.g., eficiência, celeridade, segurança jurídica), a lei infraconstitucional poderia, sim, em alguma medida, estabelecer o efeito vinculativo a determinados precedentes judiciais sem ofender a Constituição Federal.

5 REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA Legislativa de Minas Gerais. **Legislação mineira. Norma: lei complementar 64. Lei Complementar 64 de 25/03/2002** – texto original. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=64&comp=&ano=2002&texto=original>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1892/1794>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 mai. 2018.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 de out. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CORTE Costituzionale. La Corte costituzionale. Costituzione della repubblica italiana. Titolo vi - garanzie costituzionali. Sezione i - la corte costituzionale. Disponível em:

<<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/lacorte.do>>. Acesso em: 16 jun. de 2018.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; ROQUE, Ana Cristina Lemos. O precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/download/1701/2235>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**: Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, set. 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In. WAMBIER, Teresa Arruda Wambier (coord.) et al. **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ILANA, Bertagnolli; BAGGIO, Andreza Cristina. Os precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil e a aproximação entre *common law* e *civil law* no direito brasileiro. **Ius Gentium**, volume 8, nº 1, 2017. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/325/26>>. Acesso em: 9 mai. 2018.

LOBO, Arthur Mendes. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Proteção de Interesses Coletivos**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2015

MACHADO, Rafael Bicca e DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo**. Direito e Economia no Brasil. Luciano Benetti TIMM (coordenador). 2ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, volume 15, nº 03, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior**. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. et al. (coord.). **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto Processuale Civile**. 1. Nozioni e regole generali. 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

SILVA, Carlos Henrique Araújo da. **A força dos precedentes – uma breve análise no Direito brasileiro e italiano**. Escola da AGU. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1559/1249>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SUPERIOR Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.348.679 – MG (2012/0213357-3). Acórdão, 23/11/2016**. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1422329&tipo=0&nr=201202133573&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170529&formato=P&DF&salvar=false>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

SUPREMO Tribunal Federal (STF). **Repercussão geral no recurso extraordinário 848.353 São Paulo**. Inteiro teor do acórdão, 12/05/2016. Relator Min. Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11006992>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

TEODOROVICZ, Jeferson. **Segurança jurídica no direito tributário e modulação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 131, nov./dez. 2016, p. 65 a 125.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim (coordenadora); WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador). **Novo código de processo civil comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 11, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. Doutrinas essenciais de direito civil**, São Paulo, v. 01, p. 1347, 2010.

_____. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Direitto Processuale Civile**. I. Introduzione e parte generale. 6. ed.. Milano: Dott. A. Giuffrè Edit