

A TEORIA DOS PRECEDENTES NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Tagore Neves dos Anjos Brandão de Almeida¹, Juliana de Oliveira Jota Dantas²

1. Estudante da Faculdade de Direito de Alagoas da Universidade Federal de Alagoas (FDA-UFAL)
2. Professora Doutora da FDA-UFAL - Orientadora

Resumo

O presente trabalho teve por objetivo a análise da adoção de institutos, técnicas e conceitos relativos à teoria dos precedentes pelo sistema judicial brasileiro e de seus impactos no direito tributário. Utilizando métodos exploratórios, descritivos e explicativos, o trabalho foi organizado em três etapas. Primeiramente, a pesquisa centrou-se no levantamento e na leitura de bibliografia especializada, da legislação e dos julgados do STF e do STJ. Após, as informações coletadas foram sistematizadas, por meio de fichamentos. Em sua terceira etapa, foram fixados os conceitos de precedente, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Foram realizadas ainda considerações, análises e conclusões aprofundadas sobre a garantia da segurança jurídica em relações tributárias a partir da valorização dos precedentes. Por fim, confirmou-se a possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos quando da superação de precedentes em matéria tributária, observadas as disposições do CPC.

Palavras-chave: Relações Tributárias; Código de Processo Civil de 2015; Modulação de Efeitos.

Trabalho selecionado para a JNIC: UFAL.

Introdução

Após ser constatada a necessidade de promover adequações que atenuassem os problemas da realidade judicial nacional, notadamente a alta litigiosidade e a insegurança jurídica, reformas legislativas, tanto no âmbito constitucional, como no plano infraconstitucional, foram realizadas e institutos tipicamente vinculados ao sistema do *Common Law* passaram a ser adotados no Brasil. Em 2015, com a mudança do Código de Processo Civil (CPC), a doutrina brasileira lançou-se novamente ao estudo da teoria dos precedentes.

Algumas técnicas e conceitos judiciais adotados por julgadores em países adeptos do *Common Law* são indispensáveis à aplicação da teoria dos precedentes. Aqui no Brasil, levando em consideração as escolhas legislativas realizadas, essas técnicas e esses conceitos podem e devem ser utilizados a fim de que os julgadores possam, diante de um caso concreto, identificar e, na hipótese de existirem precedentes, seguir o que melhor se encaixe àquela determinada situação fática e jurídica. Para tanto, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, além do próprio conceito de “precedente”, precisam ser entendidos sob a ótica do sistema judicial brasileiro.

Para o direito tributário, mais especificamente, as novas disposições legislativas ocasionaram fortes impactos, tanto do ponto de vista das partes (Estado e contribuinte), como de ponto de vista dos julgadores. Tendo em vista que os litígios tributários, em sua grande maioria, têm início administrativamente e acabam sendo judicializados, objetivou-se, no presente trabalho, estudar os conceitos supramencionados e suas repercussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na mesma linha, o estudo se dedicou também a expor e analisar a relação entre uma maior proteção da segurança jurídica e a valorização dos precedentes, no campo do direito tributário. Aliado a isso, verificou-se a possibilidade de se conferir efeitos prospectivos, ou *ex nunc*, em hipóteses de superação de precedentes em matéria tributária.

Metodologia

A metodologia aplicada para o desenvolvimento do presente estudo consistiu na divisão da pesquisa em etapas exploratórias, descritivas e explicativas. Na primeira dessas etapas, foram analisados não apenas estudos sobre as inovações realizadas no âmbito do direito processual civil brasileiro, como também livros, artigos, teses e dissertações no campo do direito tributário brasileiro. Por envolver ainda uma análise comparada entre institutos e técnicas originárias do direito estrangeiro, buscaram-se estudos sobre o funcionamento dos mesmos nesses países.

Ainda na primeira etapa, para o levantamento jurisprudencial, os mecanismos disponíveis nos sítios virtuais do STF e do STJ serviram para identificar diversos julgados, detalhar a utilização das técnicas utilizadas pelos julgadores quanto à observância dos precedentes firmados e seus reflexos nos litígios tributários. Simultaneamente, buscou-se investigar a evolução histórica da legislação no que concerne ao fortalecimento dos precedentes, principalmente na seara tributária.

A segunda etapa, em que a pesquisa foi essencialmente descritiva, objetivou-se sistematizar e organizar todo o conteúdo levantado, com o auxílio de fichamentos. Nesse momento, foram descritos ainda os

mecanismos utilizados no direito brasileiro, no âmbito judicial e legislativo, para a aplicação dos precedentes.

Por último, em sua etapa explicativa, o estudo promoveu uma análise crítica dessas técnicas e institutos incorporados ao direito brasileiro, de forma a apontar falhas e avanços na consolidação de direitos tributários constitucionalmente previstos. Nessa terceira e derradeira etapa, foram apontadas conclusões acerca dos objetivos pretendidos.

Resultados e Discussão

No Brasil, com o advento do CPC de 2015, assentou-se a necessidade da observância, por parte do julgador, de precedentes anteriormente firmados – nesse sentido, destacam-se os arts. 489, 926 e 927. Com esse novo código, o vocábulo “precedente”, inequivocamente, passou a ter maior relevo e maior amplitude semântica no ordenamento jurídico brasileiro.

Precedente, segundo Guilherme Malaguti Spina, é uma “decisão apta a servir de paradigma para outras decisões judiciais”. Conforme externou o autor, para que sejam classificadas como precedentes e estejam aptas a solucionar casos futuros, as decisões judiciais devem: (a) analisar, para além de uma questão meramente legal ou fática, uma questão de direito; (b) detalhar e aprofundar os seus argumentos fáticos e jurídicos e (c) ter sua razões de decidir compartilhadas pelos julgadores membros do colegiado. (SPINA, 2017, pp. 128 e 129).

Tais precedentes, entendidos como decisões judiciais, são constituídos não apenas por razões de decidir centrais, como também por argumentos periféricos. É pacífico, na jurisprudência e na doutrina, que apenas às razões de decidir compartilhadas pela maioria dos julgadores do colegiado e que sejam determinantes para a resolução do caso confere-se efeito vinculante. Essa fundamentação jurídica determinante é nomeada, segundo a teoria dos precedentes, de *ratio decidendi* (ou *holding*). Em outra banda, a argumentação periférica, prescindível ao desfecho do *leading case*, recebe o nome de *obiter dictum*. Antes mesmo da promulgação do CPC de 2015, já era possível identificar na jurisprudência do STF a utilização de ambos os termos (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), como no caso do voto-vista proferido pelo ministro Gilmar Mendes, em 2002, durante o julgamento de embargos declaratórios no RE nº 194.662-8, originário da Bahia.

Nos países adeptos do *Common Law*, cunhou-se *distinguishing* a técnica utilizada pelos julgadores para analisar a conformidade entre as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso precedente e as do caso concreto. Para alguns doutrinadores, como José Renato Camilotti, trata-se, na realidade, de uma técnica de não aplicação de um determinado precedente ao caso concreto, mediante fundamentação judicial, que pontue as “circunstâncias elementares das razões de decidir que impedem o reconhecimento da similaridade necessária” para a sua aplicação (CAMILOTTI, 2016, p. 98).

Muito embora o *stare decisis* deva ser respeitado, deve-se ter em conta que os precedentes não são imutáveis e podem vir a ser superados. A essa superação dá-se o nome de *overruling*. Para tanto, fazem-se necessárias alterações das circunstâncias em que surgiu o precedente, seja no tocante ao texto legislativo aplicado, seja nas relações sociais. Outra hipótese, fora o descompasso legislativo e social, consiste na inovação da argumentação nuclear utilizada quando do julgamento do *leading case* (BENDZIUS, 2017, pp. 19 e 20).

Na seara tributária, especificamente, a estabilização e a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, bem como o respeito às decisões pretéritas, conferem às relações uma maior segurança jurídica. Essa observância, por parte dos julgadores, das teses firmadas pelas cortes hierarquicamente superiores proporciona ao contribuinte e ao Estado, consideravelmente, a redução da imprevisibilidade quanto às decisões judiciais em litígios tributários; bem como garante a ambos um tratamento mais isonômico.

Dentro dessa mesma perspectiva da segurança jurídica, emerge o debate em torno da possibilidade de conferir à superação de um precedente em matéria tributária efeitos *ex nunc* (*prospective overruling*). Ao tratar da possibilidade de modificação da jurisprudência majoritária dos tribunais superiores ou da resultante de julgamento de casos repetitivos, o CPC, em seu art. 927, §3º, prevê a possibilidade de modulação dos efeitos, tendo por condições a presença do interesse social e a garantia da segurança jurídica.

Conforme entendimento extraído do julgamento do RE nº 593.849, de Minas Gerais, no STF, admite-se a adoção da técnica do *prospective overruling* em litígios tributários, respeitadas as determinações legais. Sobre esse mesmo tema, a 1ª turma do STJ, no julgamento do REsp nº 1.596.978, do Rio de Janeiro, no ano de 2016, adotou posicionamento no sentido da irretroatividade de decisões tributárias desfavoráveis ao contribuinte, para proteger o planejamento e a segurança do mesmo.

Conclusões

Como toda inovação jurídica, a imposição de um maior respeito aos precedentes judiciais possui aspectos positivos e negativos, para o direito de um modo geral e de forma específica para o direito tributário. É necessário então, a partir do posicionamento recente dos tribunais e das alterações legislativas promovidas, elencar e analisar os desafios atuais inerentes a essa mudança.

De início, depara-se com uma questão eminentemente cultural. No Brasil, os acórdãos redigidos, em sua maioria, não preenchem requisitos básicos para se caracterizarem como precedentes. Para que essas decisões estejam aptas a ser precedentes e as alterações promovidas pelo Código de Processo Civil se tornem efetivas, os tribunais devem realizar um maior detalhamento das circunstâncias jurídicas e fáticas envolvidas no caso paradigma, bem como da solução apontada pelos julgadores e os fundamentos para tanto. É importante

lembrar que apenas os argumentos adotados pela maioria dos componentes de um tribunal, a *ratio decidendi*, possuem força normativa de modo a vincular os julgadores, no âmbito do próprio tribunal e das instâncias a ele submetidas.

A clareza dos argumentos é elemento fundamental para a consolidação de um determinado precedente. A construção argumentativa, em uma decisão colegiada, deve, portanto, ocorrer com vistas a possibilitar a sua utilização em futuras análises judiciais. Paralelo a isso, os tribunais devem dar publicidade, de forma sistematizada a todos esses precedentes, conforme determina a própria lei. Essa sistematização deve ocorrer de forma a facilitar o conhecimento da existência dos precedentes por partes dos cidadãos e dos operadores do direito.

Uma decisão, dentro dessa nova concepção, deixa de servir apenas a um caso isolado e passa a ter potencial, desde que respeitados alguns requisitos, para solucionar incontáveis litígios que se repetem. Por uma instabilidade jurisprudencial, marcada por decisões muitas vezes conflitantes, os processos judiciais em matéria tributária se avolumam. Decisões que fixem razões de decidir definitivas sobre importantes questões tributárias podem certamente conferir maior agilidade à justiça e diminuir o número de recursos em trâmite junto aos tribunais. Dessa maneira, as chances de uma determinada decisão, que invoque precedentes, vir a ser questionada ou reformada restam drasticamente reduzidas – certamente, seria menor o número de recursos apresentados caso houvesse uma maior integração entre as diversas instâncias judiciais.

Quanto à aplicação dessas razões de decidir definitivas, os julgadores devem adotar elevada dose de cautela, ao colocar em prática a técnica da distinção (*distinguishing*). Se por um lado, cabe ao julgador primar pela isonomia no tratamento judicial – soluções semelhantes para problemas semelhantes –, cabe também a ele motivar devidamente a adoção da *ratio* de um determinado precedente. Ao decidir por seguir um precedente, o julgador deve expor as razões não apenas de fato, mas também jurídicas que o levaram a tomar aquela decisão. A perspectiva de seguir entendimentos pretéritos não pode, de forma alguma, prejudicar a qualidade das peças decisórias, que devem demonstrar porque o caso sob análise se ajusta ao que foi firmado em precedente.

Não obstante existam correntes que critiquem certa restrição indevida à liberdade decisória do juiz, principalmente o de 1º grau, a necessidade de observância de matérias já apreciadas em grau superior impede tão somente que haja inovação de teses já consolidadas. Essa liberdade decisória do juiz segue preservada, considerando que, caso ele entenda que o caso em análise e o paradigma são incompatíveis, ele adotará uma solução alternativa. Assim não há como alegar que há uma demasiada concentração de poderes nos tribunais superiores, haja vista que o julgador de instâncias inferiores não exerce o papel de mero aplicador de precedentes.

Essenciais para o planejamento do contribuinte, a coerência, a estabilidade e a uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais devem ser, ao máximo, preservadas. No caso de ser necessária a mudança desse entendimento dominante, o tribunal, ao operar o *overruling*, deve analisar se naquelas determinadas circunstâncias há interesse social envolvido e se a segurança jurídica está ameaçada. Em respeito aos princípios da anterioridade e do não confisco, os contribuintes, em suas relações tributárias, certamente devem ser protegidos, de modo que entendimentos posteriores não possam prejudicá-los. Para tanto, o ordenamento processual brasileiro prevê que os efeitos sejam modulados, presentes as condições específicas.

Muito embora, usualmente, o *overruling* com efeitos prospectivos seja utilizado para a salvaguarda dos direitos dos contribuintes, há que se admitir, presentes as condições estabelecidas pelo código, a aplicação do instituto em benefício do Estado; de modo que uma mudança de uma jurisprudência dominante não sujeite o Estado ao ônus de repetir valores não alcançados pela prescrição quinquenal. A segurança jurídica deve, pois, operar para os dois lados, tanto em favor do Estado, como em favor do contribuinte. Seja pela aplicação ou não dos precedentes, seja por sua superação, os julgadores devem ter a preocupação permanente com a preservação da segurança jurídica.

Referências bibliográficas

BENDZIUS, Frederico. **Precedentes no Novo Código de Processo Civil e sua Repercussão no Contencioso Tributário-Fiscal da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2017. Dissertação de Mestrado – Fundação Getúlio Vargas.

BRASIL. STF. **Emb. Dec. no RE nº 194.662-8 BA**, Relator Min. Carlos Veloso, data de julgamento: 10/12/2002, DJ: 21/03/2003.

BRASIL. STF. **RE nº 593.849 MG**, Relator Min. Edson Fachin, data de julgamento: 19/10/2016, DJ: 31/03/2017.

BRASIL. STJ. **RESp nº 1.596.978 RJ**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, data de julgamento: 07/06/2016, DJ: 01/09/2016.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em Matéria Tributária no STF: Pragmática da Aplicação das Súmulas Vinculantes e os Critérios de Verificação para Aplicação e Distinção (Distinguishing)**. São Paulo, 2017. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SPINA, Guilherme Malaguti. **A Teoria dos Precedentes e a Técnica da Distinção (Distinguishing)**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 86, pp. 125-160. São Paulo, 2017.