

## Qual a Força Argumentativa dos Precedentes no Direito Tributário Brasileiro?

### *What is the Argumentative Force of Precedents in the Brazilian Tax Law?*

Eduardo Kowarick Halperin

Mestrando em Direito Tributário pela USP. Especialista em Direito Tributário pelo IET/PUCRS. Graduado em Direito pela UFRGS. Advogado em São Paulo.

*E-mail:* eduardokhalperin@usp.br.

Recebido em: 04-01-2019

Aprovado em: 04-04-2019

#### *Resumo*

O presente artigo pretende demonstrar que a ideia de um sistema de precedentes vinculantes decorre do caráter argumentativo do direito, o qual independe da adoção do sistema do *common law* ou do *civil law*. No direito tributário brasileiro, que atribui prevalência relativa ao princípio da igualdade e ao princípio da segurança jurídica, os precedentes possuem forte relevância argumentativa em relação às cortes do mesmo nível hierárquico, isto é, demandam um elevado ônus argumentativo para a sua superação. Em relação às cortes hierarquicamente inferiores, contudo, os precedentes possuem forte força vinculante, ou seja, não podem ser superados. O artigo identifica, ainda, alguns problemas ocorridos na utilização dos precedentes pelos tribunais brasileiros em julgados de matéria tributária.

*Palavras-chave:* precedentes, princípio da segurança jurídica, princípio da igualdade tributária, argumentação, Novo Código de Processo Civil.

#### *Abstract*

The present paper aims to show that the idea of a system of binding precedents arises from the argumentative character of law, which is independent of the adoption of the common law or civil law system. In Brazilian tax law, which attributes relative prevalence to the principle of equality and to the principle of legal certainty, precedents have a strong argumentative relevance in relation to the courts of the same hierarchical level, that is, they demand a high argumentative burden to be overruled. In relation to the hierarchically inferior courts, however, precedents have strong binding force, that is, they can not be overruled. The paper also identifies some problems that occurred in the use of precedents by Brazilian courts in tax cases.

*Keywords:* precedents, principle of legal certainty, principle of tax equality, legal reasoning, New Civil Procedure Code.

## Introdução

O tema dos precedentes vem sendo muito debatido na doutrina brasileira, especialmente em virtude do Novo Código de Processo Civil. De um lado, temos críticos da doutrina dos precedentes, os quais afirmam que tal instituto pertence aos sistemas jurídicos do *common law*, motivo pelo qual seria incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro; por outro lado, temos autores que sustentam que a atribuição de um caráter vinculante aos precedentes no Brasil seria uma forma de resolver os inegáveis problemas decorrentes da inexistência de uniformidade na jurisprudência.

O objetivo deste artigo é demonstrar que os sistemas jurídicos do *civil law* e, em particular, o ordenamento jurídico brasileiro, são compatíveis com a ideia de precedentes vinculantes, os quais exercem um papel relevante em uma argumentação jurídica racional. Mais especificamente, será sustentado que, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da segurança jurídica e da igualdade não só permitem, mas prescrevem a observância de precedentes, o que resulta, especialmente no âmbito jurídico-tributário, em um enorme ônus argumentativo para a superação de um precedente.

Isso será feito, em primeiro lugar, por meio de uma breve investigação da evolução histórica dos precedentes, o que permitirá o estabelecimento de algumas definições e distinções importantes. Além disso, será analisado o papel que os precedentes exercem na interpretação e na argumentação jurídica no âmbito do *civil law*.

Segundo, serão examinados os fundamentos normativos para uma doutrina dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro para que, finalmente, seja verificada a força argumentativa dos precedentes no direito tributário e a existência de alguns problemas decorrentes da sua aplicação.

## 1. O que são precedentes?

### 1.1. Evolução histórica no *common law* e definições

#### 1.1.1. Os precedentes e o “dog law”

No direito inglês (que adota o sistema do *common law*), os precedentes sempre foram utilizados, mas com uma função meramente ilustrativa do direito (não vinculante)<sup>1</sup>. Entendia-se, à época, que o *common law* deveria ser descoberto e declarado pelos juízes a partir dos costumes gerais do homem inglês<sup>2</sup>.

A partir do século XVI e XVII, os precedentes passaram a exercer uma função persuasiva para a decisão do caso concreto, desde que estivessem conforme o *common law*<sup>3</sup>. O precedente, assim, passou a ser considerado como uma “evidência”, ou seja, uma prova, da existência do *common law*<sup>4</sup> – não por acaso William

<sup>1</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 25.

<sup>3</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

Blackstone afirmava que os precedentes deveriam ser seguidos a não ser que fossem absurdos ou injustos, pois, nesses casos, o precedente não seria direito, e o verdadeiro direito seria declarado no novo caso julgado<sup>5</sup>.

Entretanto, ao fim e ao cabo, a verdade é que o juiz permanecia livre para decidir, uma vez que poderia afastar o precedente, desde que alegasse que o verdadeiro direito não havia sido corretamente declarado pelo precedente.

Um aluno de Blackstone, Jeremy Bentham, percebeu que o direito, na verdade, não preexiste à decisão judicial. Na verdade, o *common law* seria composto apenas por atos judiciais autocráticos particulares e retroativos<sup>6</sup> – o direito inglês, portanto, seria um *dog law*<sup>7</sup> (Bentham faz uma analogia com a educação de um cachorro, que apenas aprende que sua conduta estava errada após adotá-la e ser punido por isso; o mesmo se daria em um sistema sem precedentes vinculantes, no qual as pessoas não sabem se agiram conforme o direito até que haja uma decisão judicial superveniente)<sup>8</sup>.

Bentham passa a sustentar, dentre outras coisas, a necessidade da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no direito inglês<sup>9</sup>. Isso teve enorme impacto na doutrina e na jurisprudência inglesa do século XIX<sup>10</sup> e resultou, em 1898, na decisão do caso *London Tramways Co. v. London County Council*, no qual a House of Lords sacramentou sua autovinculação aos próprios precedentes<sup>11</sup>, afirmando que sequer analisaria os argumentos relativos ao caso concreto, uma vez que já havia decidido a matéria em questão em um caso semelhante.

Nesse sentido, segundo o entendimento da House of Lords, apenas o Poder Legislativo poderia revogar um precedente por ela estabelecido, posicionamento que durou até 1966, quando a House of Lords reconheceu que poderia, em situações excepcionais, superar os próprios precedentes. O importante disso tudo para o presente trabalho é perceber que o desenvolvimento de uma doutrina de precedentes vinculantes ocorreu em virtude do reconhecimento de que o direito é fruto de uma prática interpretativa a partir de fontes dotadas de autoridade<sup>12</sup>.

### 1.1.2. Stare decisis

A doutrina do “stare decisis” (expressão latina que significa “respeitar o que foi decidido”) prescreve que uma corte deve decidir os casos do presente da mesma forma que decidiu os casos do passado, independentemente da alteração da composição da corte ou de eventual mudança de posicionamento do próprio ma-

<sup>5</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

<sup>7</sup> Tradução: Direito dos Cachorros.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 26.

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

<sup>10</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 158.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 37.

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

gistrado. Em que pese a doutrina do “stare decisis” e a doutrina dos precedentes não se confundirem, “uma teoria dos precedentes somente é possível quando existir uma regra do *stare decisis*”<sup>13</sup>.

Um exemplo recente de observância da doutrina do “stare decisis” pode ser encontrado no voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do HC n. 152.752<sup>14</sup>, no qual o STF deveria decidir se a prisão de um condenado em 2ª instância, antes do trânsito em julgado da ação penal, seria compatível com o princípio da presunção da inocência. Se por um lado a corte vinha decidindo, nos últimos anos, pela constitucionalidade desse tipo de prisão, por outro lado a Ministra Rosa Weber tinha entendimento contrário à maioria.

Ressalvando seu entendimento pessoal, a Ministra votou pela possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da ação penal, considerando “o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte”<sup>15</sup>.

### 1.1.3. Ratio decidendi e obiter dictum

O conceito de *ratio decidendi*<sup>16</sup> (também chamada de *holding*<sup>17</sup>) está longe de ter alguma uniformidade na doutrina. Chiassoni, por exemplo, elenca 11 significados possíveis para *ratio decidendi*<sup>18</sup>.

Alguns doutrinadores, como Peczenik, entendem que a *ratio decidendi* é a condição necessária da decisão (explícita ou implícita), a qual teria sido diferente se a *ratio decidendi* tivesse sido diferente<sup>19</sup>. O problema desse tipo de definição é que se o precedente está baseado em duas *ratios* alternativas, a alteração de uma delas não mudará a decisão final<sup>20</sup>.

Esse problema é resolvido pela definição de MacCormick, para quem a *ratio decidendi* é “uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justifica-

<sup>13</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 314.

<sup>14</sup> HC n. 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 04.04.2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26.06.2018, public. 27.06.2018.

<sup>15</sup> HC n. 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 04.04.2018, processo eletrônico DJe-127, divulg. 26.06.2018, public. 27.06.2018.

<sup>16</sup> Expressão latina que pode ser traduzida como “razão para a decisão”.

<sup>17</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 54.

<sup>18</sup> CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS* v. 27, n. 1, 2016, p. 63-79, p. 67.

<sup>19</sup> PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Springer Science + Business Media B.V., 2009, p. 273.

<sup>20</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 76.

ção da decisão no caso”<sup>21</sup>. O problema dessa definição, contudo, é que ela não abarca (ao menos não expressamente) os critérios utilizados pelo tribunal para classificar os fatos do caso.

Para o presente trabalho, a expressão *ratio decidendi* será equivalente à justificação externa da decisão, ou melhor, aos argumentos empregados para justificar a decisão, referentes à reconstrução da norma geral subjacente ao precedente e aos critérios de classificação dos fatos. Essa justificação, por óbvio, deve ser universalizável<sup>22</sup>.

O conceito de *obiter dictum*<sup>23</sup> é dado por exclusão: o que não for *ratio decidendi* será *obiter dictum*, ainda que muitas vezes, na prática, tais elementos não sejam facilmente discerníveis<sup>24</sup>.

#### 1.1.4. Overruling

O poder de *overruling*, isto é, de superar um precedente, não significa que o juiz possa superar o precedente sempre que discordar da *ratio decidendi* ou do resultado desse precedente. Se assim fosse, a doutrina do “*stare decisis*” não significaria nada, pois a sua efetividade surge justamente nos casos em que ela demanda que a corte aplique um precedente que entenda ser equivocado.

O erro que autoriza o *overruling* deve ser considerado como estando além do âmbito de erros normais<sup>25</sup>, necessitando de uma justificação especial. Um famoso exemplo de *overruling* ocorreu no conhecido caso *Brown v. Board of Education*<sup>26</sup>, no qual a Suprema Corte americana superou a doutrina da segregação racial (*separate but equal*) estabelecida no precedente *Plessy v. Ferguson*<sup>27</sup>, por constatar, dentre outras coisas, que a segregação gerava profundos abalos psicológicos, afirmando que “qualquer que tenha sido a extensão do conhecimento psicológico na época de *Plessy v. Ferguson*, essa conclusão é amplamente apoiada por autoridades modernas. Qualquer linguagem em *Plessy v. Ferguson* contrária a essa conclusão deve ser rejeitada”.

#### 1.1.5. Distinguish

Em que pese ser considerado por muitos autores como um mecanismo de superação de precedentes, o *distinguish*, em verdade, é uma justificação do juiz da

<sup>21</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 203.

<sup>22</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 131.

<sup>23</sup> Expressão latina cujo significado equivale a “dito de passagem”.

<sup>24</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 69.

<sup>25</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 60.

<sup>26</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>27</sup> 163 U.S. 537 (1896).

razão pela qual o caso concreto não recai no âmbito de aplicação do precedente, ou seja, o precedente é mantido, apenas não é aplicável ao caso concreto. Em outras palavras, os fatos apenas parecem cair no âmbito de aplicação do precedente, mas o juiz justifica a diferenciação (*distinguish*) entre o precedente e o caso concreto com base na *ratio decidendi* do precedente e nos critérios utilizados no precedente para determinada classificação dos fatos.

No caso *Riggs v. Palmer*<sup>28</sup>, a Suprema Corte de Nova Iorque considerou que o Sr. Palmer, por ter matado seu avô, não teria direito à sua herança, construindo a seguinte norma geral subjacente ao caso, que compôs a *ratio decidendi* desse precedente: ninguém pode se beneficiar do seu próprio crime. Anos depois, o canal de televisão CBS fez um documentário sobre o assassinato do Rasputin, o conselheiro da família imperial russa, colocando como personagem no documentário o Sr. Youssouppoff, que havia sido um dos assassinos, sem pedir autorização para ele.

O Sr. Youssouppoff ajuizou uma ação pedindo indenização pelo uso da sua imagem – a CBS, por sua vez, alegou que o precedente do caso *Riggs v. Palmer*, segundo o qual ninguém pode se beneficiar do seu próprio crime, poderia ser aplicado ao caso concreto, pois o Sr. Youssouppoff estaria tentando lucrar com o fato de ter efetivamente participado do assassinato de Rasputin. A Suprema Corte de Nova Iorque entendeu que o precedente de *Riggs v. Palmer* não seria aplicável, pois havia uma distinção importante entre os dois casos: enquanto em *Riggs v. Palmer* o Sr. Riggs pretendia obter um dinheiro diretamente relacionado com o seu crime, isso não ocorria no caso do Sr. Youssouppoff<sup>29</sup>.

Observe-se que o fato de o precedente não ser aplicável nada diz a respeito do resultado da demanda, isto é, pode-se realizar o *distinguish* e, ainda assim, chegar-se a um resultado idêntico ao gerado pela aplicação do precedente.

#### 1.1.6. Exceções

Existem casos nos quais o precedente é aplicável (não há *distinguish*), deve ser mantido (não há fundamento para o *overruling*), mas não deve ser aplicado ao caso concreto. Trata-se da clássica hipótese de superação de regras (neste caso, a regra subjacente ao precedente), na qual se demonstra que a situação do caso concreto é tão excepcional que, se fosse prevista pela corte que prolatou o precedente, teria sido expressamente excepcionada.

Exemplo de um precedente excepcionável seria o que considera existir uma proibição para o ingresso de cachorros em estação de trens, caso se pretendesse aplicá-lo para o caso de um cego com seu cão-guia.

<sup>28</sup> 115 N.Y. 506 (1889).

<sup>29</sup> *Youssouppoff v. Columbia Broadcasting System, Inc.* 265 N.Y.S. 754 (Sup. Ct. 1965).

## **1.2. O papel dos precedentes diante da dupla indeterminação do direito no civil law**

### *1.2.1. A ilusão cognitivista*

No *civil law*, tradição na qual o Brasil se insere, pensou-se, por muito tempo, que as leis escritas bastariam para conferir uniformidade ao direito, uma vez que ainda se acreditava no paradigma da univocidade de significado do texto. Assim, qual seria o ponto de se ter uma doutrina dos precedentes no Brasil se a lei tinha apenas um significado correto?

Observe-se que se o ordenamento jurídico é vislumbrado como sendo um conjunto de enunciados normativos, numa concepção objetivista do direito, então o precedente é algo *externo* ao direito, não se diferenciando de outros mecanismos processuais, tais como as cautelares e os recursos, no sentido de que a sua incorporação ao sistema jurídico decorre de uma simples escolha do legislador. Se, por outro lado, há uma compreensão de que o ordenamento jurídico é composto por normas que são reconstruídas por meio de argumentos, numa concepção argumentativa do direito<sup>30</sup>, então os precedentes passam a fazer parte do próprio ordenamento jurídico e da ideia de direito.

Não deixa de ser interessante notar, nesse sentido, que enquanto em outros países os precedentes são estudados por teóricos do direito, no Brasil eles são estudados por processualistas, como se fossem um mecanismo processual – o que denota o enorme impacto que a concepção objetiva do direito (direito como texto) ainda exerce na doutrina brasileira.

### *1.2.2. O precedente como argumento*

Como se sabe, o direito padece de uma dupla indeterminação<sup>31</sup>: de um lado, o texto normativo é equívoco, o que permite a reconstrução de mais de uma norma possível; por outro lado, a norma reconstruída a partir do texto normativo padece de vagueza, de forma que não há clareza sobre quais fatos recaem no seu âmbito de aplicação.

Não há, portanto, como se eliminar os atos de vontade do juiz na tarefa interpretativa. O que se pode fazer, contudo, é exigir que o juiz justifique sua decisão, isto é, apresente argumentos que suportem sua escolha, tanto na interpretação de textos quanto na classificação de fatos.

A justificação da decisão do intérprete, ou seja, a apresentação dos argumentos utilizados para a decisão interpretativa, segundo Aulis Aarnio, deve satisfazer o critério de aceitabilidade na comunidade jurídica em questão (unida pela mesma forma de vida), resultando, assim, numa interpretação racional e razoável<sup>32</sup> – ain-

---

<sup>30</sup> Sobre as duas concepções de Direito, ver ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

<sup>31</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2011, p. 38.

<sup>32</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of law*. Springer Science + Business Media B.V., 2011, p. 135.



da que a única solução correta não seja alcançável, podemos buscar a melhor justificação possível<sup>33</sup>.

Importante salientar que a aceitabilidade referida por Aarnio diz respeito à aceitabilidade racional obtida perante a maioria de uma comunidade jurídica com valores heterogêneos<sup>34</sup>. Essa aceitabilidade racional dos argumentos utilizados na justificação de uma decisão deve ser o objetivo de todo juiz ao interpretar<sup>35</sup>.

Um argumento aceitável racionalmente, ao menos na nossa forma de vida, consiste em afirmar que para além de todos os argumentos que suportam determinada decisão, o simples fato de que essa decisão foi tomada em relação ao caso A faz com que a mesma decisão deva ser tomada em relação ao caso B, similar ao caso A nos pontos que ensejaram a aplicação da norma, consoante os critérios de classificação utilizados nos precedentes.

É que ainda que não se possa encontrar um único resultado correto, é desejável que esta margem de discricionariedade não seja preenchida com resultados mutáveis e incompatíveis entre si<sup>36</sup>. Nesse sentido, precedentes podem ser vistos como argumentos<sup>37</sup>, os quais são racionalmente aceitáveis e persuasivos – a força normativa desse tipo de argumento no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro será analisada mais adiante.

### 1.2.3. Definição de precedente

Diante do exposto até aqui, pode-se definir o precedente como sendo a decisão prolatada por uma corte hierarquicamente superior ou de mesmo nível hierárquico da corte do caso concreto, cujas normas gerais subjacentes e critérios de classificação dos fatos exercem relevante função argumentativa na decisão desse caso concreto.

Os precedentes devem ser enfrentados por todos os julgadores do sistema jurídico em questão quando da decisão de um caso concreto que recaia, *prima facie*, no âmbito de aplicação das normas gerais subjacentes aos precedentes e dos critérios de classificação dos fatos neles utilizados.

Importante, aqui, ressaltar o alerta de Bulygin, no sentido de que a contribuição do juiz para a criação do direito não está restrita à criação de normas,

<sup>33</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of law*. Springer Science + Business Media B.V., 2011, p. 170.

<sup>34</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of law*. Springer Science + Business Media B.V., 2011, p. 171.

<sup>35</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of law*. Springer Science + Business Media B.V., 2011, p. 173.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica de Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 261.

<sup>37</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. Precedent in statutory (civil) law system. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano: Giuffrè, 1990. v. II, p. 758.



sendo o seu papel na definição de conceitos legais igualmente ou até mais importante<sup>38</sup>.

#### 1.2.4. *Precedentes sobre a interpretação de precedentes?*

Claro que precedentes também serão vertidos em textos, os quais demandarão interpretação, uma vez que igualmente padecerão de equivocidade, e as normas subjacentes aos precedentes também vão ser vagas. O ponto é que deve haver um contínuo e infinito processo de determinação do conteúdo normativo, delimitando cada vez mais o seu âmbito de aplicação – irão surgir, naturalmente, precedentes sobre a interpretação de precedentes.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* é determinada tanto pelo juiz do precedente quanto pelo juiz do caso a ser decidido, o que influenciará em como a *ratio decidendi* será interpretada no futuro<sup>39</sup>.

## 2. Os precedentes no direito brasileiro

### 2.1. *Fundamentos normativos da doutrina dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro*

Consoante demonstrado, os precedentes são argumentos racionais – aceitáveis na nossa forma de vida – para que determinada decisão interpretativa seja tomada. Ocorre que não se pretende apenas que o discurso jurídico seja racional, mas sim que seja racionalmente fundamentado no ordenamento jurídico<sup>40</sup>, de forma a possibilitar a “controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais”<sup>41</sup>.

Assim, passa-se a demonstrar os fundamentos normativos para uma doutrina dos precedentes no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 2.1.1. *Igualdade*

A igualdade foi estabelecida na Constituição Federal, de forma geral, no art. 5º, *caput*<sup>42</sup>, e de forma específica, como garantia dos contribuintes, no art. 150, II<sup>43</sup>,

<sup>38</sup> BULYGIN, Eugenio. *Essays in legal philosophy*. Oxford University Press, 2015, p. 78.

<sup>39</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 75.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica de Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 206.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 300-301.

<sup>42</sup> “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:”

<sup>43</sup> “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

e pode ser definida como “uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade”<sup>44</sup>.

Conforme observado por Humberto Ávila, a Constituição Federal tratou a igualdade de forma diferente de outros princípios, considerando-a como “finalidade fundamental”, “garantia fundamental”, “princípio geral” e “garantia específica” e colocando-a em primeiro lugar nas garantias fundamentais<sup>45</sup>. Embora isso não faça com que o princípio da igualdade “tenha superioridade abstrata absoluta, ele tem prevalência axiológica relativa em nível abstrato”<sup>46</sup>.

Disso decorre que o tratamento desigual não exige apenas uma explicação, mas sim uma justificação, que aponte os fundamentos jurídicos suficientes para o tratamento desigual<sup>47</sup>. Assim, “o princípio da igualdade, do qual se deduz o princípio da coerência temporal, exige que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração”<sup>48</sup>.

Há uma conexão, ainda, entre a igualdade e a ideia de imparcialidade, obtida por meio de um sistema jurídico que faça a mesma justiça a todos, independentemente das partes e do juiz do caso concreto<sup>49</sup>.

Em suma, o caso A deve receber igual tratamento do caso B (igualdade prescritiva) desde que a medida de comparação utilizada para se afirmar a igualdade entre os dois casos (igualdade descritiva) tenha semelhança nos aspectos considerados relevantes pela *ratio decidendi* do caso A.

Uma crítica à igualdade como fundamento normativo para a aplicação de precedentes é a seguinte: se um precedente é manifestamente injusto ele deve, em nome da igualdade, ser aplicado a um caso que recaia no seu âmbito de aplicação?

Conforme já dito, os precedentes podem ser superados, mediante argumentação especial, desde que enfrentada a *ratio decidendi* do precedente anterior e exposta a razão pela qual o precedente é manifestamente injusto. Se não se tratar da excepcional hipótese de superação do precedente, então o precedente deve ser aplicado, ainda que seja considerado injusto pelo julgador, pois o princípio da igualdade possui prevalência axiológica relativa no ordenamento jurídico brasileiro e justifica esse tratamento.

### 2.1.2. *Segurança jurídica*

Se for verdade, conforme ensina Humberto Ávila, que a segurança jurídica é um princípio que exige do Poder Público um comportamento que promova um

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *Igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43.

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. *Igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 153.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. *Igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 153.

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. *Igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 157.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 482.

<sup>49</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

estado de confiabilidade jurídica em relação ao passado e um estado de calculabilidade jurídica em relação ao futuro, com base na cognoscibilidade do direito<sup>50</sup>, então o princípio da segurança jurídica demanda que o Poder Judiciário adote um sistema de precedentes vinculantes.

Um dos elementos que promovem cognoscibilidade do direito é a determinabilidade de conteúdo, devendo as normas ter densidade suficiente para serem compreendidas por seus destinatários<sup>51</sup>. Um advogado, por exemplo, deve ser capaz de poder instruir o seu cliente a respeito do significado de normas frequentemente analisadas pelo Poder Judiciário – no Brasil, como se sabe, isso dificilmente ocorre, uma vez que é comum a existência de diversos significados normativos atribuídos por autoridades ao mesmo texto normativo, em face da divergência de decisões existentes entre tribunais, entre órgãos do mesmo tribunal e, algumas vezes, entre julgadores do mesmo órgão.

A confiabilidade do direito, assim compreendido o estado de coisas no qual os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados por meio do Direito, graças à existência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico<sup>52</sup>, é promovida por meio da proteção da confiança dos contribuintes que agiram de acordo com os precedentes emanados do Poder Judiciário.

Por fim, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes promove, especialmente, a calculabilidade do direito em relação ao futuro, pois a vinculação formal das decisões do Judiciário diminui as possibilidades normativas decorrentes dos enunciados normativos, permitindo aos cidadãos planejar suas ações, o que, por sua vez, promove a liberdade<sup>53</sup>. Conforme afirmou o Justice Brandeis em julgamento na Suprema Corte americana, “na maioria das vezes é mais importante que a questão seja resolvida do que seja resolvida da maneira correta”<sup>54</sup>.

Em outras palavras, ao requerer que decisões judiciais estejam de acordo com os precedentes, o direito está comprometido com a visão de que é melhor que a decisão esteja de acordo com um precedente do que esteja “certa”<sup>55</sup>, pois como uma única decisão “certa” aceita universalmente não existe, a sua busca resultará na perda de algo importante: a habilidade de prever o que um juiz irá fazer, habilidade esta que nos ajuda a planejar nossas vidas, ter algum grau de repouso e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido<sup>56</sup>.

Quando alguém toma uma decisão com base em um entendimento jurisprudencial que, posteriormente, é abandonado, essa situação gera não só um senti-

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 286.

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 340.

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 287.

<sup>53</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 642.

<sup>54</sup> *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932).

<sup>55</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36.

<sup>56</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review* v. 39, n. 3, fevereiro de 1987, p. 597.

mento de injustiça, mas também um sentimento de descrença com relação ao Direito<sup>57</sup>.

Por tudo isso, Humberto Ávila afirma que “se a prática jurisprudencial, a par de obedecer a regras processuais de uniformização e de generalização, também for autolimitada, com base no princípio da igualdade, aos seus próprios precedentes, ela será compatível com o princípio da segurança jurídica”<sup>58</sup>.

Como se vê, a vinculatividade dos precedentes, para além de ser decorrência da exigência de racionalidade na argumentação e na interpretação, possui fundamento normativo nos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Se por um lado um sistema de precedentes traz um inegável ganho em termos de calculabilidade, por outro lado o preço a pagar por esse ganho é termos diversas decisões judiciais subótimas<sup>59</sup>. Para saber se esse é um preço que vale a pena pagar, devem ser analisados os valores e princípios subjacentes ao campo do direito em questão, análise esta que será feita mais adiante em relação ao direito tributário.

Por ora, basta referir que a doutrina dos precedentes, justamente em razão da sua capacidade de gerar segurança jurídica, é mais valorizada nas áreas do direito em que a consistência e a previsibilidade das regras possuem maior importância<sup>60</sup>.

### 2.1.3. As alterações legislativas promovidas pelo Novo Código de Processo Civil

O crescente debate na doutrina processualista brasileira sobre a necessidade de se adotar um sistema de precedentes vinculantes redundou na incorporação, pelo Novo Código de Processo Civil, dos arts. 926 e 927, os quais determinam que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e que “os juízes e os tribunais observarão: súmulas, decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, etc.”, tendo o § 5º do art. 927 expressamente referido que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Tais dispositivos, por sua vez, amplificaram ainda mais o debate sobre a adoção de precedentes, inclusive acerca da constitucionalidade da adoção de um instituto que, segundo alguns autores, seria incompatível com o sistema da *civil law*.

Ocorre que, consoante já referido, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes não decorre da família do sistema jurídico em questão (*common law* ou *civil law*), mas da concepção do Direito como uma prática argumentativa e da força normativa dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

<sup>57</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 484.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 640.

<sup>59</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review* v. 39, n. 3, fevereiro de 1987, p. 598.

<sup>60</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 161.

Aliás, a evidenciar a inexistência de uma relação necessária entre um sistema de precedentes vinculantes e a *common law*, basta lembrar que até o final do século XIX o sistema jurídico inglês (*common law*) não tinha precedentes vinculantes.

Por isso, acerta Daniel Mitidiero quando afirma que “os arts. 926 e 927, CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista (do *judge* inânime, dos juízes como *oracles of the law*) para uma perspectiva adscritivista da interpretação (em que se reconhece que os juízes concorrem para definição do significado do direito e que em certa medida – e apenas em certa medida – há *judge-made law*) exige a alteração do referencial da segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica reconstrução da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação”<sup>61</sup>. Ou seja, a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes era obrigatória antes do Novo CPC e permanece sendo cogente independentemente de eventual alteração legislativa futura, uma vez que decorre dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica.

Não se está afirmando que qualquer sistema jurídico pressuponha, necessariamente, um sistema de precedentes vinculantes: basta imaginarmos uma Constituição que privilegie, de forma absoluta, a justiça particular em detrimento da igualdade e da segurança jurídica. Nesse hipotético sistema jurídico, o qual pressupõe uma outra forma de vida, a calculabilidade e a igualdade seriam valores sacrificáveis em nome do que muitos chamam de equidade.

Feita essa ressalva, concordamos mais uma vez com Mitidiero quando o autor afirma que “a força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. [...] Isso quer dizer que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito”<sup>62</sup>.

#### 2.1.4. Precedentes e súmulas

Ressalte-se que os precedentes, embora se relacionem, não se confundem com as súmulas editadas pelos tribunais brasileiros. A edição de súmulas é uma técnica utilizada pelos tribunais para explicitar a *ratio decidendi* dos precedentes, devendo sempre ser analisada em conjunto com os precedentes que a geraram – caso contrário, o repertório de súmulas será um “mero ‘guia de interpretação’, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial”<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82-83.

<sup>62</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 483.

### 2.1.5. *Precedentes, repercussão geral e recurso repetitivo*

Da mesma forma, não se pode confundir a ideia de precedente com o recurso repetitivo e com a repercussão geral, embora tais institutos gerem interessante particularidade no sistema de precedentes brasileiros.

Conforme afirma Michelle Taruffo, nos países do *common law*, quem decide o que é o precedente é o juiz que aplica o precedente, e não o que o cria<sup>64</sup>. No Brasil, contudo, os mecanismos do julgamento em repercussão geral e do recurso repetitivo visam estabelecer alguns casos como precedentes *a priori*, o que é muito positivo, até porque permite um contraditório diferenciado.

Esse contraditório diferenciado, por sua vez, resolve um dos óbices à vinculatividade dos precedentes levantados por Larenz, para quem a atribuição de eficácia vinculante para o primeiro caso julgado sobre o assunto impediria o processo de desenvolvimento das razões que suportam a decisão<sup>65</sup>.

## 2.2. *Os precedentes no direito tributário brasileiro*

### 2.2.1. *A prevalência argumentativa dos precedentes no direito tributário*

Frederick Schauer afirma que, na sociedade, algumas instituições devem ser mais criativas e assumir mais riscos, e outras mais previsíveis e avessas ao risco<sup>66</sup>. O direito é, certamente, uma instituição que deve ser previsível, e o direito tributário mais ainda.

Não por acaso, ao analisar os diversos dispositivos do Sistema Tributário Nacional, Humberto Ávila conclui que “os estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade não só apresentam um relevo especial no subsistema tributário como, além disso, possuem um sentido mais protetivo”<sup>67</sup>.

Da mesma forma, o princípio da igualdade, para além de ter prevalência axiológica relativa no direito brasileiro em geral, tem um sentido ainda mais protetivo no direito tributário, uma vez que figura no texto constitucional especificamente como uma garantia dos contribuintes.

A força normativa dos princípios da segurança jurídica e da igualdade no âmbito tributário faz com que, nessa área do direito, os precedentes não sejam meros argumentos, mas “superargumentos”, pois possuem prevalência relativa em relação aos demais, inclusive argumentos linguísticos. Isto é, em princípio, aplica-se o precedente, havendo enorme ônus argumentativo para quem quiser superá-lo.

<sup>64</sup> TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de civil law*. *Revista Ius et Veritas* n. 45, dezembro de 2012, p. 88-95, p. 90.

<sup>65</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2014, p. 614.

<sup>66</sup> SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review* v. 39, n. 3, fevereiro de 1987, p. 604.

<sup>67</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 298.

### 2.2.2. Sistema horizontal de precedentes com “forte relevância argumentativa”

Em razão disso, pode-se afirmar que, no Brasil, horizontalmente (cortes do mesmo nível hierárquico), deve haver um sistema de “precedentes com forte relevância argumentativa”, tal como definido por Chiassoni<sup>68</sup>. Isso significa que os juízes devem mencionar em suas decisões qualquer precedente relevante<sup>69</sup>, mas podem superá-lo, isto é, fazer um *overruling*, desde que apresentem razões fortes e suficientes para tanto, demonstrando que o precedente é óbvia e seriamente injustificado<sup>70</sup>.

E mais: no âmbito do direito tributário, em regra, as decisões que superam precedentes firmados em favor do contribuinte devem ter efeitos prospectivos, uma vez que a proteção da confiança atua apenas em favor do contribuinte<sup>71</sup>, sendo cabível ação rescisória contra o contribuinte que possui coisa julgada individual em seu favor, igualmente com efeito prospectivo, em nome da igualdade tributária.

### 2.2.3. Sistema vertical de precedentes de “força vinculante forte”

Verticalmente (cortes de diferentes níveis hierárquicos) deve haver, no Brasil, um “sistema de força vinculante forte”, na denominação de Chiassoni<sup>72</sup>. Isso significa que os juízes de cortes inferiores não podem superar um precedente, podendo derrotá-lo apenas em excepcionalíssimas situações que devem estar previstas em um rol taxativo – sem prejuízo de poderem manifestar sua discordância na decisão.

### 2.2.4. Problemas na identificação da *ratio decidendi* dos precedentes

A compatibilidade do direito brasileiro com um sistema de precedentes vinculantes não impede que surjam alguns problemas específicos na utilização desse instituto. Um desses problemas consiste na identificação da *ratio decidendi* dos precedentes no Brasil – afinal, antes de um juiz decidir seguir um precedente, ele deve saber o que o precedente estabelece<sup>73</sup>.

A identificação da *ratio decidendi* de um precedente da Suprema Corte no Brasil se dá de maneira completamente distinta do que ocorre nos Estados Uni-

<sup>68</sup> CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS* v. 27, n. 1, 2016, p. 63-79, p. 77.

<sup>69</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 109.

<sup>70</sup> ALEXANDER, Larry; e SHERWIN, Emily. *Judges as rule makers. Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 50.

<sup>71</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 605.

<sup>72</sup> CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS* v. 27, n. 1, 2016, p. 63-79, p. 67.

<sup>73</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 91.



dos. Se naquele país a maioria profere um voto único, aqui cada juiz tem a faculdade de proferir seu voto individualmente, o que pode resultar em conclusões idênticas acerca do resultado da demanda, porém a partir de fundamentos completamente distintos.

No julgamento da ADI n. 2.588<sup>74</sup>, por exemplo, cabia ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, que tratava do momento no qual são considerados disponibilizados no Brasil, para efeitos de incidência do IRPJ e da CSLL, os lucros obtidos por empresas controladas e coligadas no exterior.

Após cada Ministro proferir o seu voto, percebeu-se que o plenário havia se dividido em quatro resultados distintos. Para definir o teor do voto majoritário, a corte fez o que Schauer sugere para esse tipo de situação: se o juiz A decidiu em certo sentido pelas razões X, Y e Z, e o juiz B decidiu no mesmo sentido pelas razões P, Q e X, e o juiz C decidiu em sentido contrário, então a *ratio decidendi* do caso é X, que é a única razão compartilhada pela maioria dos juízes<sup>75</sup>.

#### 2.2.5. *Problemas na redação dos acórdãos*

No Recurso Extraordinário n. 655.265/DF<sup>76</sup>, o Ministro Luiz Fux, no intuito de fundamentar seu voto, fez referência a um julgado relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Lewandowski, contudo, informou ao Ministro Fux que esse julgado sustentava, na verdade, posicionamento contrário ao que ele pretendia fundamentar, tendo o Ministro Fux respondido: “Então, na realidade, a ementa não indiciava esse teor a que Vossa Excelência agora se refere. E eu confesso que não me debrucei no seu voto. Eu me debrucei em todas as ementas.”

Essa passagem relata um problema comum na jurisprudência brasileira, consistente na inexistência de uma cultura de redação de acórdãos com a pretensão de que tais decisões sejam precedentes, o que pressupõe ementas compatíveis com o conteúdo das decisões e fundamentação analítica em todos os votos – não há verdadeira doutrina de precedentes vinculantes, vale dizer, sem um efetivo dever de fundamentação das decisões judiciais.

#### 2.2.6. *Problemas no distinguishing*

Após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706<sup>77</sup> pelo STF, no qual se fixou, em sede de repercussão geral, que o ICMS não compõe a base de

<sup>74</sup> ADI n. 2.588, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 10.04.2013, *DJe*-027, divulg. 07.02.2014, public. 10.02.2014, ement. vol. 02719-01, p. 1.

<sup>75</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 53.

<sup>76</sup> RE n. 655.265, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 13.04.2016, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito *DJe*-164, divulg. 04.08.2016, public. 05.08.2016.

<sup>77</sup> RE n. 574.706, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 15.03.2017, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito, *DJe*-223, divulg. 29.09.2017, public. 02.10.2017.

cálculo do PIS e da COFINS, por não fazer parte do conceito constitucional de receita, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região passou a julgar os processos relativos a essa matéria que estavam sobrestados aguardando o referido julgamento. A 1ª Turma desse Tribunal julgou tais processos parcialmente procedentes, reconhecendo o direito de crédito tão somente em relação ao período anterior a 31 de dezembro de 2014, quando passou a vigor a Lei n. 12.973/2014, que alterou o conceito de receita.

É que a 1ª Turma fez um *distinguish* entre os casos por ela julgados e o precedente do Supremo (RE n. 574.706), afirmando que a *ratio decidendi* do precedente não seria aplicável para os períodos posteriores à Lei n. 12.973/2014. O *distinguish* realizado, contudo, foi equivocado, pois para além da análise dos fatos do precedente demonstrar que naquele caso foi reconhecido o direito de crédito do contribuinte no período posterior à Lei n. 12.973/2014, a *ratio decidendi* do precedente envolveu a delimitação da base de cálculo constitucional do PIS e da COFINS, de forma a tornar insustentável um *distinguish* baseado em uma alteração legal.

### 2.2.7. Problemas no overruling

O Supremo Tribunal Federal, por muitos anos, entendeu que as regras constitucionais de competência tributária, que atribuem o poder de tributar aos entes federativos, incorporaram conceitos, mais precisamente os conceitos pré-constitucionais infraconstitucionais. Assim, ao atribuir poder à União Federal para instituir tributo sobre a folha de salários, houve a incorporação do conceito de salário constante na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)<sup>78</sup>; ao atribuir poder aos Estados para instituírem imposto sobre a circulação de mercadorias, a Constituição incorporou o conceito de mercadoria constante no Código Comercial<sup>79</sup>; ao atribuir poder aos Municípios para instituírem imposto sobre a prestação de serviços, a Constituição fez alusão ao conceito de serviço existente no Código Civil de 1916<sup>80</sup>.

Ao julgar o RE n. 651.703/PR<sup>81</sup>, contudo, a maioria do Supremo acompanhou o voto do relator, Ministro Luiz Fux, que entendeu que “a Constituição é carente de conceitos verdadeiramente constitucionais”, pelo que o conceito de serviço deveria ser interpretado “de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o lite-

<sup>78</sup> RE n. 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12.05.1994, *DJ* 16.12.1994, p. 34.896, ement. v. 01771-04, p. 703, RTJ v. 00156-02, p. 666.

<sup>79</sup> RE n. 203.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Primeira Turma, j. 05.08.1998, *DJ* 29.10.1999, p. 18, ement. v. 01969-02, p. 386.

<sup>80</sup> RE n. 116.121, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 11.10.2000, *DJ* 25.05.2001, p. 12, ement. v. 02032-04, p. 669.

<sup>81</sup> RE n. 651.703, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 29.09.2016, processo eletrônico repercussão geral – mérito, *DJe*-086, divulg. 25.04.2017, public. 26.04.2017.

ral até o sistemático e teleológico”. O Ministro Fux, em suma, aderiu à doutrina que sustenta a incorporação de tipos pelas regras constitucionais de competências tributárias – enquanto os conceitos seriam definíveis e indicariam os elementos que os compõem, os tipos apenas poderiam ser descritos (e não definidos) e estariam orientados para a concretização de valores.

Deixando de lado todos os problemas apresentados pela doutrina dos “tipos”, o importante aqui é ressaltar que o Supremo superou (*overruling*) sua jurisprudência anterior sem sequer enfrentá-la adequadamente, e pior, deu a entender que os seus precedentes sempre teriam sido fundamentados nesse sentido.

Além disso, mesmo que tivesse ocorrido o enfrentamento expresso dos precedentes que estabeleciam a incorporação de conceitos infraconstitucionais pré-constitucionais pelas regras de competência, vale observar que, se é verdade que a segurança jurídica exerce um papel ainda mais protetivo no âmbito do direito tributário, então algumas técnicas deveriam ser utilizadas previamente à superação de um precedente, tais como a sinalização<sup>82</sup> de que o precedente será revogado no futuro.

## Conclusões

Estão equivocados aqueles que vislumbram o precedente como um instituto próprio dos sistemas jurídicos do *common law*, o qual seria incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Independentemente do sistema jurídico (*common law* ou *civil law*), a necessidade de observância dos precedentes decorre da equivocidade dos textos normativos (mais de uma norma pode ser reconstruída a partir da interpretação do mesmo texto) e da vagueza das normas (há incerteza quanto aos fatos que estão abrangidos pelo seu âmbito de aplicação), o que demanda decisões interpretativas justificadas por meio de argumentos.

Em face desse caráter argumentativo do Direito, o precedente apresenta-se como um argumento racionalmente aceitável (ao menos na nossa forma de vida) para justificar uma decisão interpretativa, isto é, o fato de que no caso A foi decidido X constitui, *prima facie*, um argumento persuasivo para que o caso B, semelhante ao caso A, também receba a decisão X.

Se somarmos essa aceitabilidade racional dos argumentos envolvendo precedentes ao caráter institucional do direito, teremos que *os precedentes são as decisões prolatadas por uma corte hierarquicamente superior ou de mesmo nível hierárquico da corte do caso concreto, cujas normas gerais subjacentes e critérios de classificação dos fatos exercem relevante função argumentativa na decisão desse caso concreto*. Nesse sentido, os precedentes devem ser enfrentados por todos os julgadores do sistema jurídico em questão quando da decisão de um caso concreto que recaia, *prima facie*, no âmbito de aplicação das normas gerais subjacentes aos precedentes e dos critérios de classificação dos fatos neles utilizados.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 335.

No sistema jurídico brasileiro, os precedentes, para além de serem argumentos persuasivos, possuem forte relevância argumentativa (horizontalmente) e força vinculante (verticalmente), cujo fundamento normativo repousa no princípio constitucional da igualdade e no princípio constitucional da segurança jurídica. Em razão disso, pouco importa a instituição do sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a sua vinculatividade vertical e a sua relevância argumentativa horizontal possuem fundamento constitucional.

Ressalte-se que a vinculatividade dos precedentes não é um requisito necessário para a existência de um sistema jurídico. Pode-se imaginar, nesse sentido, um sistema jurídico no qual a justiça particular possua prevalência absoluta sobre a igualdade e sobre a segurança jurídica, uma vez que, para a comunidade desse sistema jurídico hipotético (a qual fundamenta suas práticas em uma forma de vida diversa da nossa), a calculabilidade e a igualdade seriam valores sacrificáveis em nome da equidade.

Por fim, refira-se que no âmbito do direito tributário a segurança jurídica possui um sentido ainda mais protetivo, razão pela qual o ônus argumentativo para a superação de precedentes deve ser ainda maior. Isto é, para o direito tributário, os precedentes são “superargumentos”, os quais possuem prevalência relativa até mesmo em prejuízo de argumentos linguísticos.

### Referências bibliográficas

- AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of law*. Springer Science + Business Media B.V., 2011.
- ALEXANDER, Larry; e SHERWIN, Emily. *Judges as rule makers. Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica de Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BULYGIN, Eugenio. *Essays in legal philosophy*. Oxford University Press, 2015.
- CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; e PULIDO, Carlos Bernal (ed.). *On the philosophy of precedent: the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.
- \_\_\_\_\_. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS* v. 27, n. 1, 2016.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2011.
- HART, Herbert. *The concept of law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2014.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Springer Science + Business Media B.V., 2009.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. Precedent. *Stanford Law Review* v. 39, n. 3, fevereiro de 1987).
- TARUFFO, Michele. El precedente judicial en los sistemas de *civil law*. *Revista Ius et Veritas* n. 45, dezembro de 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Precedent in statutory (civil) law system. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano: Giuffrè, 1990. v. II.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.