

GUILHERME PELOSO ARAUJO

**O sistema judiciário brasileiro e os seus efeitos no âmbito do direito
tributário: um caso concreto**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Estevão Horvath

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

GUILHERME PELOSO ARAUJO

**O sistema judiciário brasileiro e os seus efeitos no âmbito do direito
tributário: um caso concreto**

Tese apresentada à banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Prof. Dr. Estevão Horvath

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Araujo, Guilherme Peloso

O sistema judiciário brasileiro e os seus efeitos no âmbito do direito tributário: um caso concreto / Guilherme Peloso Araujo. – São Paulo : G. P. Araujo, 2019.
312 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. Estevão Horvath.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia

1. Direito tributário. 2. Compensação. 3. Trânsito em julgado. 4. Precedente. 5. Jurisprudência. 6. Cortes Supremas. I. Horvath, Estevão. II. Título.

Nome: ARAUJO, Guilherme Peloso.

Título: O sistema judiciário brasileiro e os seus efeitos no âmbito do direito tributário: um caso concreto.

Tese apresentada à banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

RESUMO

ARAÚJO, Guilherme Peloso. *O sistema judiciário brasileiro e os seus efeitos no âmbito do direito tributário: um caso concreto*. 2019. 312 p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Este estudo propõe tese pela inconstitucionalidade parcial do art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN), dispositivo que condiciona a eficácia da decisão judicial que autoriza a compensação tributária ao seu trânsito em julgado. Esta tese é proposta com fundamento na relação entre as manifestações das Cortes Supremas brasileiras – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – e a certeza sobre o conteúdo do direito positivo tributário vigente. Tendo sido estabelecido o raciocínio jurídico em âmbito constitucional, os argumentos se iniciam pela apresentação dos princípios constitucionais que devem nortear a aplicação do direito positivo pelo Poder Judiciário (estado de direito, segurança jurídica, igualdade, efetividade da tutela, razoável duração do processo, eficiência e moralidade na atuação estatal) e pela apresentação dos efeitos da organização constitucional judiciária em um sistema hierarquizado, instrumento para a coerência e eficiência na tutela jurisdicional. Esses argumentos constitucionais são amalgamados para a apresentação dos efeitos jurídicos decorrentes das decisões proferidas pelas Cortes Supremas, que têm a finalidade de uniformizar (nomofilaquia) o sentido da norma vigente, atribuindo unidade ao direito positivo. Os efeitos das decisões proferidas pelas Cortes Supremas são analisados, diante disso, com comparação à doutrina do *stare decisis*, típica do modelo de *common law*, o que resulta na demonstração de que as normas constitucionais analisadas impõem a observação pelas instâncias ordinárias judiciárias das manifestações proferidas por aquelas Cortes Supremas. À luz da importância jurídico-constitucional da manifestação de tais Cortes é colocada, então, em avaliação a constitucionalidade da restrição de efetividade da tutela imposta pelo art. 170-A do CTN, para que, ao final, se reconheça que, havendo manifestação de uma das Cortes Supremas sobre o conteúdo do direito, resta estabelecido elemento de segurança jurídica (a *certeza* sobre o direito vigente), de maneira que a aplicação do art. 170-A do CTN, nestes casos, se torna inconstitucional por violar a garantia de efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, estabelecer um injustificado e desnecessário retardo da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: direito tributário, compensação, trânsito em julgado, precedente, jurisprudência, sistema, judiciário, *stare decisis*.

ABSTRACT

ARAÚJO, Guilherme Peloso. *The Brazilian judiciary system and its effects within tax law: specific case*. 2019. p. 312. PhD – Law Faculty, *Universidade de São Paulo* [São Paulo University], São Paulo, 2019.

This analysis proposes thesis for the biased unconstitutionality of article 170-A of the *Código Tributário Nacional* (CTN) [Brazilian National Tax Code], a provision that impairs the efficiency of the court order, which authorizes the tax offsetting to its final decision. The present thesis is proposed based on the relation between the decisions of the Brazilian Superior Courts – Federal Supreme Court and Superior Court of Justice – and the certainty on the content of the current positive tax law. Having established the legal reasoning under the constitutional scope, the arguments presented commence with the presentation of the constitutional principles that may guide the application of the positive law by the Judiciary (rule of law, legal safety, equity, effectivity of authority, reasonable length of the legal procedures, efficiency and morality in the federal performance) and by the presentation of the effects of the constitutional judicial organization in a tiered system, an instrument for the consistency and efficiency in the jurisdictional authority. These constitutional arguments are consolidated by the presentation of the legal effects arising from the decisions rendered by Supreme Courts, which has the purpose to uniform (*nomofilaquia*) the sense of the current rule, assigning unit to the positive law. The effects of the decisions rendered by Supreme Courts are analyzed, considering this, by comparing it to the doctrine of *stare decisis*, typical model of the common law, which results in the demonstration that the constitutional rules analyzed enforce the observation, by the inferior courts, of the precedents rendered by those Supreme Courts. The concernment legal-constitutional of the precedents of such Courts is put, then, into an evaluation of the constitutionality of the effectivity restriction of the authority imposed by article 170-A of CTN, so that, by the end, with a decision from one of the Supreme Courts on the content of law, it is acknowledged the setting of an element of legal safety (the *certainty* on the current law), in such manner that the application of article 170-A of CTN, in these cases, becomes unconstitutional for breaching the guarantee of effectiveness of the legal authority, in other words, to set an unjustified and unnecessary delay of the legal provision.

Keywords: tax law, compensation, final decision, precedent, jurisprudence, system, judiciary, *stare decisis*.

RIASSUNTO

ARAUJO, Guilherme Peloso. *Il sistema giudiziario brasiliano e i suoi effetti nell'ambito della legislazione fiscale: un caso concreto*, 2019. p. 312. Dottorato – Facoltà di Legge, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Questo studio propone una tesi per la parziale incostituzionalità dell'art. 170-A del *Código Tributário Nacional* [Codice Tributario Nazionale] (CTN), una disposizione che determina l'efficacia della decisione giudiziaria che autorizza il risarcimento tributario fino alla sua pronuncia definitiva. Questa tesi viene proposta sulla base della relazione tra le manifestazioni delle Corti Supreme Brasiliane – Corte Federale di Giustizia e la Corte Superiore di Giustizia - e sicuro circa il contenuto del vigente diritto positivo tributario.

Dopo aver stabilito il ragionamento giuridico nel contesto costituzionale, gli argomenti iniziano con la presentazione dei principi costituzionali che dovrebbero guidare l'applicazione del diritto positivo da parte della Magistratura (stato di diritto, la certezza del diritto, l'uguaglianza, l'efficacia della tutela, ragionevole durata del processo, efficienza e moralità nelle prestazioni statali) e presentando gli effetti dell'organizzazione costituzionale giudiziaria in un sistema gerarchico, uno strumento per la coerenza e l'efficienza nella tutela giudiziaria.

Questi argomenti costituzionali si collegano alla presentazione degli effetti giuridici delle decisioni pronunciate dalle Corti Supreme, che hanno lo scopo di uniformare (nomofilachia) la direzione della normativa vigente, l'assegnazione di unità al diritto positivo. Gli effetti delle decisioni pronunciate dalle Corti Supreme vengono analizzate, prima ancora, con rispetto alla *stare decisis* dottrina, tipica del modello di *common law*, che si traduce nella dichiarazione che le normative costituzionali analizzate impongono l'osservazione da parte delle istanze ordinarie giudiziarie di manifestazioni pronunciate da quelle Corti Supreme.

Alla luce dell'importanza giuridica e costituzionale della manifestazione di tali Corti, la costituzionalità della restrizione di efficacia della tutela imposta dall'art. 170-A del CTN, in modo che, alla fine, si riconosce che, con la manifestazione di una delle Corti Supreme sul contenuto del diritto, l'elemento di certezza del diritto rimane (*certezza* circa la legge in vigore), in modo che l'applicazione di art. Il CNT-170, in questi casi diventa incostituzionale per violazione della garanzia di efficacia della tutela legale, cioè, stabilire un ritardo inutile ed ingiustificato del servizio giudiziario.

Parole chiave: diritto tributario, compensazione, pronuncia definitiva, precedente, giurisprudenza, magistratura, *stare decisis*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 SITUAÇÃO DA QUESTÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL TRIBUTÁRIO.....	13
1.1. O fundamento constitucional.....	15
1.2 Pós-positivismo jurídico.....	18
1.3 A interpretação constitucional.....	25
1.4 Princípios.....	32
1.4.1 Os princípios que fundamentam os argumentos deste trabalho: delimitação e apresentação.....	39
1.4.1.1 Estado de direito.....	41
1.4.1.2 Segurança jurídica.....	48
1.4.1.3 Igualdade.....	54
1.4.1.4 Efetividade da tutela jurisdicional e razoável duração do processo.....	57
1.4.1.5 Eficiência da atuação estatal.....	64
1.4.1.6 Moralidade na atuação estatal.....	67
2 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	73
2.1 A organização <i>sistemática</i> do Poder Judiciário.....	73
2.1.1 Definição de sistema.....	74
2.1.2 A organização constitucional <i>sistemática</i> do Poder Judiciário.....	78
2.2. O papel das Cortes Supremas.....	92
2.2.1. Superior Tribunal de Justiça.....	102
2.2.2 Supremo Tribunal Federal.....	113
2.3 O efeito da organização <i>sistemática</i> no funcionamento do Poder Judiciário ...	136
2.3.1 A coerência na atuação <i>sistemática</i>	138
2.3.2 O papel do julgador como peça do sistema judiciário.....	144
2.3.3 Precedente e jurisprudência: o que entender?.....	153

3	UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O <i>COMMON LAW</i> E O <i>CIVIL LAW</i> : A APLICABILIDADE DO <i>STARE DECISIS</i> NO SISTEMA BRASILEIRO	162
3.1	Justificativa e delimitação da análise.....	162
3.2	Uma questão de fontes do direito	165
3.3	O <i>stare decisis</i>	177
3.3.1	A vinculação do juiz no <i>stare decisis</i>	191
3.3.1.1	O objeto da vinculação	194
3.3.2	A “crise” do <i>stare decisis</i> na Inglaterra.....	198
3.4	A jurisdição brasileira e o uso de precedentes	203
3.4.1	Uso inadequado dos precedentes: pragmática brasileira	213
3.4.2	Uso adequado dos precedentes: a aplicação do <i>stare decisis</i>	218
3.4.2.1	<i>Stare decisis</i> e Estado de direito	223
3.4.2.2	<i>Stare decisis</i> e segurança jurídica	226
3.4.2.3	<i>Stare decisis</i> e igualdade.....	229
3.4.2.4	<i>Stare decisis</i> e efetividade da tutela e razoável duração do processo	232
3.4.2.5	<i>Stare decisis</i> e eficiência na atuação estatal.....	235
3.4.2.6	<i>Stare decisis</i> e moralidade	238
3.4.2.7	<i>Stare decisis</i> no sistema brasileiro	241
4	O EFEITO DO FUNCIONAMENTO CONSTITUCIONAL JUDICIÁRIO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO: UM CASO CONCRETO	249
4.1	O art. 170-A do Código Tributário Nacional.....	250
4.2	A relação entre o dever de observação de precedentes e a restrição de compensação tributária	256
4.3	A inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A em assuntos já avaliados pelas Cortes Supremas	269
4.3.1	Aspectos gerais para a avaliação da constitucionalidade	269
4.3.2	A delimitação do contexto de avaliação da constitucionalidade do art. 170-A: assuntos julgados pelas Cortes Supremas.....	273
4.3.3	A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de adequação.....	275
4.3.4	A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de necessidade	277

4.3.5 A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de proporcionalidade em sentido estrito	285
4.4 Aplicação da inconstitucionalidade do art. 170-A do CTN.....	292
CONCLUSÃO	297
BIBLIOGRAFIA	303

INTRODUÇÃO

Pensar, desenvolver e lapidar uma tese jurídica como requisito para a obtenção de título de doutoramento, certamente, não é empreitada fácil. A qualidade e profundidade com a qual a doutrina trata os mais variados assuntos, neste caso, em direito tributário, coloca o cientista na difícil situação de identificar uma hipótese à qual corresponda uma tese que atenda ao requisito da novidade e que possa ser testada, com a demonstração de sua aplicabilidade e utilidade.

Assumida essa tarefa, a hipótese que buscamos enfrentar decorre, basicamente, de duas interpelações que somos obrigados a receber, quase diariamente, no exercício da função advocatícia, quando em contato com contribuintes, ou seus representantes, que não sejam bacharéis em direito. A primeira delas se refere à indignação manifestada por aqueles contribuintes que não conseguiram obter uma tutela jurisdicional que, sabidamente, outros contribuintes possuem; a segunda se refere ao inconformismo com a necessidade de aguardar o *trânsito em julgado* de medidas judiciais para que as decisões que declarem o direito à compensação tributária possam ser executadas, ainda que versem sobre assuntos *pacíficos* perante o Poder Judiciário.

Essas duas interpelações remetem o nosso pensamento, diretamente, para o modo de funcionamento do Poder Judiciário, de maneira que, ao longo deste trabalho procuraremos por elementos constitucionais que determinem uma atuação judiciária tendente a resolver demandas com maior igualdade e com maior efetividade, de modo que, ao final, será apresentada uma tese relacionada à atuação judiciária, com a demonstração da sua aplicabilidade e utilidade em uma importante questão de direito tributário, qual seja, a submissão do direito à compensação do indébito tributário ao trânsito em julgado da sentença judicial que o declara, obrigação legalmente prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Para trilhar o caminho que parte da hipótese e chega ao teste da tese, serão apresentados no primeiro capítulo os elementos fundamentais do nosso pensamento e os princípios constitucionais que fundamentarão o argumento desenvolvido ao longo do trabalho. Deixaremos claro, com isso, que o subsídio para o nosso argumento é o texto constitucional de 1988 e apresentaremos o nosso entendimento sobre o processo de interpretação do direito e do direito constitucional, sobre a participação dos princípios na

formação da norma jurídica e sobre o conteúdo mínimo dos princípios escolhidos no que se refere à sua influência na formação do direito com a participação do Poder Judiciário.

Apresentados os pressupostos e fundamentos para a nossa argumentação, no segundo capítulo será exposta a organização constitucional do Poder Judiciário brasileiro, com a finalidade de extrair do texto da Constituição Federal os elementos mínimos que devem nortear o seu funcionamento. Ocupará posição de destaque no capítulo a organização sistemática do Poder Judiciário e a função a ser desempenhada pelas Cortes de vértice, de modo que, ao final, serão apresentados alguns apontamentos sobre a influência dessa organização constitucional na práxis judiciária, já voltados para a coerência e efetividade na prestação desse serviço público.

O caminhar dos fundamentos apresentados conduzirá a argumentos típicos da prática judiciária de *common law*, de maneira que, no terceiro capítulo, promoveremos a comparação entre elementos básicos dos modelos de *common law* e de *civil law*, de maneira que seja possível, no final do capítulo, reconhecer elementos do modelo de direito consuetudinário que possam ser aplicados ao modelo brasileiro, sem que isso represente a importação acrítica de institutos e elementos estrangeiros. O objetivo, neste ponto, é reconhecer o que, de fato, é passível de aplicação em nossa cultura jurídica e judiciária, novamente, com a finalidade de atribuir elementos de igualdade e de efetividade à prestação jurisdicional.

A partir de tais elementos, o núcleo da nossa tese estará na conclusão do terceiro capítulo, momento de confluência dos pressupostos e princípios constitucionais, das regras decorrentes da organização constitucional do Poder Judiciário e das observações doutrinárias estrangeiras aplicáveis ao nosso sistema, voltados para a demonstração da aplicabilidade da técnica do *stare decisis* na prática judiciária brasileira.

Como efeito disso, no quarto capítulo será proposto um teste das conclusões obtidas em um assunto sensível à pragmática do direito tributário brasileiro, de modo a demonstrar a sua utilidade. Será o nosso objetivo, nesse capítulo, infirmar a constitucionalidade da aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional em medidas judiciais que versem sobre assuntos já decididos pelas Cortes Supremas brasileiras, de maneira a permitir a compensação tributária antes do trânsito em julgado dessas medidas.

Cumprido esclarecer, ainda antes do início do texto, que as nossas posições estarão fundamentadas, especialmente, em doutrina oriunda da teoria geral do direito e que, sempre que possível, apresentaremos manifestações do Poder Judiciário brasileiro, grande parte

delas em processos sobre questões de direito tributário, sobre o argumento em discussão, de modo a estabelecer, neste trabalho, um “diálogo” entre doutrina e decisões judiciais.

1 SITUAÇÃO DA QUESTÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

O direito tributário, enquanto ciência, é caracterizado pelo estudo do tributo, que é uma prestação pecuniária compulsória decorrente de fato lícito cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, conforme boa definição promovida pelo art. 3º do Código Tributário Nacional. Dada a natureza de prestação obrigacional do tributo, a ciência do direito tributário, tipicamente, se preocupará com questões inerentes ao seu nascimento e extinção (ATALIBA, 2011, p. 40; HORVATH, 1997, p. 23).

Ocorre, contudo, que desde o momento anterior ao nascimento da obrigação de pagar tributo, até momento posterior à sua extinção, o direito tributário está intimamente ligado a questões de natureza processual. Vale notar que o exercício da competência tributária depende do rito de um processo legislativo, que ao ato de lançamento segue um processo administrativo de contestação, que findo o processo administrativo é cabível o manejo de ação judicial de execução para a cobrança do crédito e de ação com pedido de anulação do lançamento fiscal, sendo possível o pedido cautelar de suspensão da sua exigibilidade. Além disso, ainda após a extinção da obrigação, será possível ao contribuinte o pedido de tutela para a repetição do indébito tributário ou para a declaração do seu direito à compensação do tributo indevidamente recolhido.

Havendo, pelo contribuinte, resistência ao ato vinculado de lançamento e de cobrança do tributo, nesses ambientes processuais serão discutidas questões relacionadas à constitucionalidade ou à legalidade da incidência tributária, de maneira que o *processo* e as decisões nele proferidas poderão assumir posição de alta importância patrimonial, tanto para o Estado, quanto para o contribuinte. Especificamente em processos judiciais, essa importância se torna ainda mais evidente se consideradas a morosidade da tramitação de medidas perante o Poder Judiciário brasileiro e as constantes variações de posicionamento na avaliação de um mesmo caso específico.

A morosidade e as variações de posicionamento, por sua vez, podem ter o efeito de fazer com que uma mesma regra tributária seja aplicável de maneira diferente e em momentos diferentes para contribuintes que se encontrem em mesma situação jurídica, em descumprimento dos mais básicos princípios constitucionais.

Esse é um dos contextos em que a atuação do Poder Judiciário passa a ser de total relevância para a própria determinação do conteúdo da relação jurídica tributária e para a determinação dos seus efeitos patrimoniais no tempo. Pode haver, portanto, íntima relação do *processo tributário*, com a própria *incidência tributária*.

Buscaremos, neste trabalho, analisar, justamente, uma dessas importantes relações. O Código Tributário Nacional, em seu art. 170-A, promove disposição de natureza processual para determinar a ineficácia da decisão judicial que declara o direito à compensação tributária até o trânsito em julgado da ação em que essa decisão for proferida.

O conteúdo do dispositivo é de natureza processual por impedir a execução provisória de uma decisão judicial e tem o efeito de estabelecer tratamento diferente para contribuintes em mesma situação, já que o tempo necessário para a obtenção do trânsito em julgado de uma ação pode compreender mudanças de entendimentos jurisprudenciais, causando a aplicação de diferentes normas jurídicas em diferentes momentos, embora o direito tributário positivo seja um só.

A importância do *processo judicial* para a obrigação tributária é atestada pelo fato de caber ao Poder Judiciário a manifestação definitiva sobre controvérsias relacionadas ao conteúdo do direito. A disputa entre Estado e contribuintes sobre o conteúdo da norma jurídica tributária terá fim somente com o posicionamento do Poder Judiciário, que é, portanto, protagonista para a determinação e uniformização do direito vigente.

Assim, a incidência do tributo – e a decorrente possibilidade de restituição do pagamento indevido – está intimamente relacionada ao funcionamento do processo judicial, de maneira que, sob a temática da avaliação do art. 170-A do Código Tributário Nacional, promoveremos a avaliação de questões *constitucionais* relacionadas ao *processo judicial* que tenham efeito sobre o conteúdo da relação jurídica tributária.

Para isso, é muito importante que sejam esclarecidas as premissas e fundamentos sobre os quais todos os argumentos do trabalho serão erigidos, de modo a permitir que o leitor tenha pleno conhecimento dos mais básicos fundamentos que levaram o autor a elaborar o seu pensamento.

Ao longo deste primeiro capítulo, então, apresentaremos o ambiente jurídico no qual situamos o nosso pensamento, as premissas filosóficas que nos influenciam e aqueles que reputamos ser os mais importantes princípios para a avaliação do objeto deste estudo.

Na condição de apresentar premissas, não nos ocuparemos de tratar cada um dos temas deste capítulo com larga profundidade, mas estaremos preocupados em posicionar o nosso pensamento. Será possível perceber, diante disso, que as considerações seguintes

possuirão conteúdo geral, sendo que, já a partir do segundo capítulo, as conectaremos aos argumentos e às avaliações concretas pretendidas neste trabalho.

O objetivo deste capítulo, portanto, é viabilizar a construção de uma *tese* a partir dos insumos mais abstratos em direção aos mais concretos, de modo que nos esforçaremos para, sempre que possível, colorir as premissas filosóficas e principiológicas que se seguem das mais concretas aplicações relacionadas ao tema proposto. Logo, em vez da direta apresentação de fundamentos que nos conduzam às conclusões, pretendemos uma construção, com a sua natural característica de progressividade.

1.1. O fundamento constitucional

A escolha pelo ambiente constitucional não é aleatória. Conforme será apresentado, todo o sistema de direito positivo tem o seu fundamento formal e material no texto constitucional, de modo que cada regra inserida no ordenamento jurídico materializa uma regra ou princípio de natureza constitucional.

Esse raciocínio é ainda mais claro para aqueles que se dedicam à ciência do direito tributário, a quem cabe lidar com um texto constitucional analítico, que carrega em seu bojo inúmeros princípios para proteção do contribuinte, complexas regras de repartição de competência e várias limitações ao poder de tributar.

O texto constitucional representa, para o direito tributário, o ponto de saída. A primeira avaliação para compreensão da regra jurídico-tributária depende dos seus fundamentos de competência; representa, também, o ponto de chegada, já que, após o processo de interpretação, a constitucionalidade de toda regra posta deverá ser avaliada à luz dos princípios, limitações e garantias estabelecidos pela Constituição Federal.

Não é demais dizer, pensando ainda em questões de direito tributário, que conhecer o texto constitucional significa conhecer, ainda que abstratamente, os limites para a imposição tributária. A avaliação do texto constitucional permitirá ao intérprete identificar limites para a criação de tributos, para a determinação da sua base de cálculo e de alíquota, para a determinação dos contribuintes (CARRAZZA, 2007, p. 494) e, até mesmo, dos responsáveis tributários (BECHO, 2014, p. 16).

Ainda sobre a ciência do direito tributário que parte da Constituição Federal, cumpre reconhecer que os seus estudiosos não encontram limites para o seu conhecimento no teor

das previsões contidas entre os arts. 145 e 156, mas em todo o texto constitucional. Veja-se, nesse sentido, que o Estado de direito, a república, a federação e a democracia (ATALIBA, 1968, p. 7; CARRAZZA, 2007, p. 51; COÊLHO, 2005, p. 48; BECHO, 2015, p. 345), por exemplo, são estudados como os princípios que norteiam a interpretação das disposições sobre tributação contidas na Constituição Federal.

Além da forma analítica pela qual o constituinte tratou o direito tributário, a constante tensão entre contribuintes, visando à defesa da sua riqueza, e o Estado, buscando a majoração de suas receitas, faz com que o texto constitucional seja sempre objeto de muita atenção e de pedidos de aplicação direta, com a finalidade de afastar ou limitar a incidência tributária. Não é nada incomum a suscitação de teses de inconstitucionalidade de regras de direito tributário.

O argumento de natureza constitucional, portanto, está incorporado ao dia a dia do cientista, do intérprete e do aplicador do direito tributário.

Mas não é somente o direito tributário positivo que tem os seus fundamentos gravados na Constituição Federal, mas todo o ordenamento de direito positivo, o que faz com que as normas nele contidas possam ser avaliadas à luz do texto constitucional.

Reconhecer que todo o ordenamento jurídico tem o seu fundamento na Carta Constitucional significa permitir ao cientista do direito que reconduza o seu pensamento às disposições constitucionais, promovendo a constante avaliação crítica do ordenamento jurídico para identificar o seu respeito e pertinência com o texto constitucional.

É justamente essa avaliação de pertinência que desenvolveremos neste trabalho, por meio do constante pensar e repensar de questões de direito constitucional.

Assim, o objeto concreto deste estudo estará relacionado às questões constitucionais de funcionamento judiciário que são capazes de influenciar o direito tributário. Melhor dizendo, nos preocuparemos com elementos constitucionais que devem influenciar a atuação do Poder Judiciário no julgamento de questões tributárias.

Partindo da já apontada importância do texto constitucional para o direito tributário, em razão do grande número de dispositivos com esse objeto e da tensão entre contribuintes e Estado, as manifestações jurisdicionais passam a ter grande importância nesse ramo do direito, tendo em vista o alto grau de judicialização de demandas.

É pensando nesse alto grau de judicialização que voltaremos ao texto constitucional para buscar elementos que apontem para o melhor atendimento da sociedade brasileira, no que se refere à solução de demandas sobre tributação, melhor dizendo, a certeza sobre a tributação.

Veja-se, diante disto, que para buscar uma solução para questão de direito tributário, será necessário mergulhar em outros “ramos” do direito, notadamente o direito processual, com fortes marcas de teoria geral do direito.

Para isso, é essencial que se reconheça que a repartição do direito em “ramos” tem função meramente didática. Ou seja, o direito positivo é um e apenas um, mas, para facilitar o seu conhecimento, estudo e transmissão, algumas repartições são feitas a partir de suas matérias, fazendo nascer os ramos – meramente didáticos – do direito (HORVATH, 1997, p. 19; BECHO, 2015, p. 52). São exemplos: o direito civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, tributário, trabalhista, constitucional, eleitoral, previdenciário etc.

Considerando a natureza científica da segmentação do direito, o que se opõe à unidade do direito positivo, reputamos muito importante que a atuação do acadêmico e do aplicador do direito não esteja absolutamente condicionada a essa repartição em “ramos”, uma vez que, muito comumente, a solução jurídica para uma questão não será encontrada diretamente no conteúdo tradicional tratado pela ciência seccionada que se estuda, mas em outros ambientes do direito positivo. Apenas para ilustrar, a solução para uma questão de direito tributário poderá depender, por exemplo, do conhecimento do direito penal¹.

Portanto, o ordenamento jurídico é uno, o que significa dizer que ele é um só, de modo que em seu *ser*, enquanto direito positivo, não existe segregação de matérias, o que é próprio apenas da ciência do direito (BARRETO, 2016, p. 33).

Essas considerações têm o efeito de nos influenciar para promover avaliações e buscar “conexões” entre os “ramos” do direito que extrapolam os limites ditados pelas ciências seccionadas. Assumimos, então, que não ficaremos adstritos a questões tratadas tradicionalmente pela ciência do direito tributário, mas estudaremos e analisaremos elementos do direito positivo capazes de influenciar o ambiente de tributação. Seguimos, nesse sentido, as considerações de Geraldo Ataliba (1968, p. 7), que leciona:

Daí porque, à dificuldade da tarefa de se reconhecer os sistemas, principalmente normativos, se acrescentam as de se preservar, mesmo no exame da minúcia mais particular, os princípios mais genéricos informadores de todo o sistema. Isto porque, os elementos integrantes de um sistema não lhe constituem o todo

¹ Como é o caso dos apontamentos de Renato Becho sobre a tributação de ilícitos (2015, p. 75), ao apresentar considerações sobre os efeitos que o dever de confisco do produto do crime pode gerar sobre a incidência tributária, que são comentados por Luís Eduardo Schoueri (2017, p. 163-164) para sustentar a possibilidade da incidência do tributo a depender do momento em que se encontra o processo de persecução penal, uma vez que a pretensão tributária pode ser levada a efeito antes mesmo do conhecimento da prática delituosa e da determinação de perda dos bens.

mediante sua soma, mas, desempenham funções coordenadas, uns em função dos outros e todos harmonicamente, em função do todo (sistema).

Assim, como efeito de não nos limitarmos às fronteiras científicas impostas pela secção do direito, será o objeto deste estudo a avaliação de elementos constitucionais relacionados a questões processuais que sejam capazes de influenciar o direito tributário. E para a avaliação de questões processuais, será fundamental o conhecimento de alguns princípios constitucionais e de algumas regras organizacionais e de competência.

Estaremos, ao longo do texto, preocupados com a aplicação do direito tributário, mas, como se perceberá, os argumentos construídos serão, em grande parte, próprios do direito processual e da teoria geral do direito, sempre contido no ambiente constitucional, com interferências no conteúdo da relação jurídica tributária.

Assim, buscaremos na Constituição Federal de 1988 explicações e soluções processuais que possam ser aplicadas ao direito tributário.

Dito isso, passemos ao segundo dos pontos fundamentais para este estudo, que se refere à teoria filosófica que fundamenta o nosso pensamento, o pós-positivismo jurídico.

1.2 Pós-positivismo jurídico

Situar a Constituição Federal como o nosso objeto principal de estudo demanda promover a apresentação do significado moderno do direito constitucional, o que deve ser feito por meio da apresentação do pós-positivismo jurídico, também chamado de neoconstitucionalismo (BARROSO, 2010, p. 246).

Sem partir de uma definição exata e pronta do significado de pós-positivismo, é adequado que apresentemos, ainda que brevemente, considerações sobre a evolução histórica que fez com que a filosofia do direito chegasse ao seu desenvolvimento. Essas considerações terão o efeito, também, de demonstrar aqueles pontos dessa filosofia que entendemos como mais relevantes para os argumentos que serão construídos.

Cumprido, ainda antes de prestar considerações sobre o pós-positivismo, apontar que não trataremos o assunto com a profundidade que é possível, mas apenas apresentaremos apontamentos sobre o seu conteúdo, destacando, conforme dito, as suas características que reputamos de maior relevância para este trabalho.

Pensar o pós-positivismo significa pensar a oposição entre as tradicionais escolas filosóficas do direito, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico².

O jusnaturalismo é uma corrente filosófica que sustenta a existência de direitos naturais imanentes ao homem, de modo que esses direitos atenderiam a todas as pessoas, independentemente de estarem escritos ou formalizados em algum documento que tenha força cogente. Por diversos caminhos filosóficos esses direitos foram apontados ao longo da história, dos quais destacamos o jusnaturalismo religioso, que buscava a identificação de direitos em doutrinas religiosas, e o jusnaturalismo racional, que realizava o mesmo processo a partir da racionalidade filosófica³.

Em despeito do caminho percorrido para a identificação dos direitos naturais, a filosofia jusnaturalista produzia conteúdo com pretensão de universalidade, ou seja, aplicável a todo e qualquer indivíduo (BOBBIO, 2006, p. 22). Não configuraria, portanto, um ato de decisão ou escolha sobre direitos, mas de identificação dos direitos inerentes à natureza humana e universais. É uma filosofia, diante disso, voltada precipuamente para o conteúdo do direito.

Ao naturalismo jurídico se opôs o positivismo jurídico, que tem como principal característica a definição do direito como um ato de decisão daquele que detém a competência para a veiculação de regras jurídicas. Inicialmente, portanto, o juspositivismo é uma filosofia de forma, e não de conteúdo⁴.

² Luís Roberto Barroso (2009, p. 53-54) afirma: “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência de duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.”

³ BITTAR e ALMEIDA (2012, p. 293) lecionam: “O Direito Natural surge pela primeira vez na história do pensamento com os gregos. Desta feita, sua grande contribuição é mostrar a ligação do Direito com as forças e as leis da natureza. Na segunda oportunidade quem vem à tona, no século XVII, o Direito Natural aparece como reação racionalista à situação teocêntrica na qual o Direito fora colocado durante o medievo. É a razão humana, independente da fé, que deduz uma natureza humana da qual se extraem direitos naturais.”

⁴ Bobbio (2006, p. 22-23) aponta aqueles que reputa serem os critérios de diferenciação entre o direito positivo e o direito natural: “a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares [...]; b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda [...]; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus*; d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pela qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. [...] O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e

A relação entre o direito natural e o direito positivo merece, contudo, alguns melhores apontamentos.

Em *Antígona*, Sófocles (1999) reportava a oposição entre o direito natural e o direito positivo, consubstanciada na discussão entre o direito natural religioso de uma irmã sepultar o seu irmão e a determinação legal de que isso não pudesse ser feito⁵. Apontava-se, já naquele momento, a divergência entre as leis naturais e as leis produzidas pelo homem.

A tragédia grega demonstra a oposição havida entre essas duas correntes filosóficas ao longo da história, com alternância de momentos em que uma preponderou sobre a outra. Ou seja, houve períodos em que prevaleceu o conteúdo do direito natural sobre o direito positivo e momentos em que, diante de uma previsão de direito positivo, não se aplicavam argumentos relacionados ao direito natural (BOBBIO, 2006, p. 15-21).

Com o caminhar da história, paulatinamente e sob a influência das codificações romanas, a positivação de direitos ganhou espaço, chegando ao seu modelo atualmente praticado com a promulgação do Código Civil francês por Napoleão Bonaparte⁶.

As discussões que envolveram a elaboração do Código Napoleônico dariam o tom daquilo que se tornaria o positivismo jurídico, marcado pela forma e pela determinação do direito por uma autoridade competente, não obedecendo, necessariamente, a um conteúdo natural.

O primeiro projeto do Código Civil francês, elaborado por *Cambacérès*, previa expressamente que o Código se dispunha a positivizar regras inerentes à natureza do homem⁷. Não foi, contudo, a corrente filosófica que viria a prevalecer. Veiculado o Código Civil Napoleônico, o juspositivismo se desenvolveu para reconhecer que o direito é marcado pela

assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) [...]; f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”.

⁵ A fala de Antígona demonstra a oposição (SÓFOCLES, 1999, p. 56-57): “É que não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. [...]”

⁶ BOBBIO (2006, p. 63-64), afirmando a importância do Código Napoleônico para o positivismo jurídico, aponta as suas origens no século XVIII e diz ser ele o marco de nascimento do direito positivo modernamente praticado, ou seja, um “corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”.

⁷ BOBBIO, 2006, p. 68.

validade enquanto forma, de modo que a imposição de uma norma pela autoridade competente e em forma predeterminada determinaria a sua cogência.

O sentido de positivismo jurídico enquanto forma chegou ao seu ápice com a influência pela obra de Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* (1996), a partir do que o direito, definitivamente, se descolou de um sentido de conteúdo para ser determinado, apenas, pela forma. Veja-se que a norma hipotética fundamental, apontada por Kelsen como o fundamento último do direito, teria o conteúdo apenas de determinar *cumpra-se a constituição*, independentemente do que a constituição pudesse carregar em seu conteúdo⁸.

Esse positivismo jurídico preponderou até a primeira metade do século XX, quando a sociedade global foi obrigada a enfrentar os atos praticados pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Grande parte das atrocidades praticadas pelos nazistas no período da Segunda Guerra Mundial foi produzida sob o manto da lei, colocada em vigor validamente no âmbito do *III Reich*.

Atuando conforme poderes que lhe foram atribuídos na forma em que permitido pelo ordenamento jurídico alemão⁹, o chefe daquela nação, durante o período da Segunda Guerra, pôde produzir normas jurídicas dotadas de plena validade, de cumprimento obrigatório, portanto, para os oficiais, agentes públicos e cidadãos alemães, com a finalidade de praticar as mais condenáveis condutas até então conhecidas. O cumprimento das mais hediondas determinações legais é explicado pelo fato de, até aquele momento, a lei representar a fonte única de obrigações jurídica. São, nesse sentido, as palavras de Daniel Sarmiento (2009, p. 270):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. [...]

⁸ Miguel Reale (2011, p. 455-457) aponta a importância da obra de Kelsen para a modernização do direito: “Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século desfraldou a bandeira de Teoria Pura do Direito, a ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.

[...]

É necessário, dizia Kelsen, conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta.”

⁹ Barroso (2010, p. 35) explica que: “Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a ‘lei de autorização’ (*Ermächtigungsgesetz*), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler –, ainda quando divergissem do texto constitucional.”

Vigente o direito positivo, como poderia um oficial alemão, agente encarregado do cumprimento da lei, escusar-se dos seus deveres?

Foi justamente essa difícil questão que foi enfrentada no pós-Guerra pelo Tribunal de Nuremberg. Naturalmente, houve dificuldades para fundamentar, no ambiente do positivismo então vigente, a necessidade de punição de agentes estatais que agiram conforme a lei à qual estavam vinculados (BECHO, 2009, p. 219).

A modulação da liberdade de produção de normas jurídicas apenas pelo aspecto formal do processo legislativo, sem qualquer restrição de conteúdo, demonstrou que sistemas jurídicos poderiam trabalhar em favor das mais absurdas atrocidades contra os mais básicos direitos do homem. Ou seja, a validade do direito positivo determinada apenas pelo cumprimento do binômio competência/procedimento mostrou-se capaz de fundamentar profundas involuções para a sociedade humana.

Note-se, já nesse momento, o retorno ao direito natural. Afirmar que o direito positivo, enquanto norteado apenas pela forma – com o seu conteúdo ditado somente por atos de decisão humana –, teria a capacidade de determinar condutas reprováveis, significa dizer que há condutas que são naturalmente desejáveis.

Foi esse o tipo de reflexão que trouxe o direito natural novamente à pauta de discussões (GUERRA FILHO, 2009, p. 131). Logo em 1948, três anos após o final da Segunda Grande Guerra foi promulgada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que carrega em seu texto um considerável conjunto de direitos e garantias inerentes da todo e qualquer indivíduo.

A partir disso, novamente, o direito volta a se preocupar com questões universais, iminentes à condição de *ser* humano, estipulando um conteúdo mínimo de direitos naturais¹⁰.

Considerando, no entanto, a preponderância do positivismo jurídico sobre o direito natural, para a sua efetividade, as garantias previstas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos deveriam ser amparadas por elementos de segurança que viabilizassem a sua aplicação em qualquer ambiente de direito positivo.

¹⁰ Hart (2009, p. 250) trata a relação entre direito natural e direito positivo como a relação entre a moral e o direito, de modo que o autor reconhece um conteúdo mínimo inerente à moral que deve ser aplicado pelo direito. O mesmo autor reconhece, contudo, que o encampamento dessas normas morais pelo direito positivo pode se dar em diferentes intensidades (2009, p. 259).

É nesse ambiente histórico e momento jurídico que foram tomadas as medidas que resultariam no que conhecemos hoje por pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Vejamos.

A partir do pós-guerra foram admitidas mudanças no significado e conteúdo das Constituições. Uma Constituição, até aquele momento, representava um documento de natureza preponderantemente político (de formação e de organização do Estado), em vez de jurídico (BARROSO, 2010, p. 256), concepção que se inverte para que a Constituição passe a ser o documento jurídico mais importante do Estado.

Para afirmar o teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, admitiu-se a incorporação de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, de modo a determinar requisitos materiais de validade para a inclusão de normas jurídicas no ordenamento de direito positivo. Ou seja, além da forma, a validade da norma jurídica passou a depender, também, do seu conteúdo.

Essa incorporação dos direitos e garantias fundamentais pelas Constituições não significou apenas que questões objetivas fossem tratadas como proteções aos cidadãos, mas também que valores fossem inseridos em seu texto, determinando, além de direitos e garantias, elementos programáticos a serem concretizados pelo Estado.

Os valores, quando transformados em normas gerais e abstratas para integrarem o direito, se transformam em princípios. Sem prejuízo das considerações que faremos adiante sobre esse tipo de norma jurídica (princípios), cumpre reconhecer que a sua presença no ordenamento de direito positivo tem a consequência de impor profundas alterações no seu processo de interpretação e de integração.

Além disso, a juridicização dos valores, transformando-os em princípios, fez com que eles passassem a ser aplicáveis de plano, tornando possível o controle do teor das regras inseridas no sistema de direito positivo e dos efeitos delas (regras) decorrentes. Os princípios e os seus influxos sobre a interpretação do direito serão mais bem avaliados no item 1.4 deste capítulo.

Todas essas importantes alterações, contudo, não seriam suficientes para uma significativa mudança, já que o direito continuaria a ser ditado por atos de vontade, que poderiam determinar a revogação de normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais para o homem.

Para coibir essa possibilidade, é característica do pós-positivismo a proteção do texto constitucional, especialmente em suas garantias materiais, com maior rigidez no que se refere à possibilidade de sua alteração (OLIVEIRA, 2009, p. 256), chegando ao ponto de,

para algumas dessas garantias materiais, haver impossibilidade de alteração. Somando isso à força normativa garantida às normas constitucionais, instaura-se a supremacia do texto constitucional no ordenamento jurídico (BARROSO, 2010, p. 263).

As mudanças, portanto, são significativas. A necessidade de um controle do direito por meio do conteúdo das normas, e não só pela forma na sua produção, levou à valorização das constituições enquanto diplomas jurídicos, na positivação de valores, por via de princípios que constituem normas jurídicas aplicáveis e de direitos e garantias fundamentais do homem, além de garantir a perenidade dos mais importantes direitos e garantias por cláusulas de imutabilidade.

Há ainda elemento essencial ao pós-positivismo, que é de suma importância para este estudo. Todo o movimento para valorização do conteúdo das constituições – e do direito positivo, por conseguinte – seria vazio se não houvesse o exercício de seu controle.

Também é uma característica do pós-positivismo, diante disso, a previsão pelas constituições de uma Corte competente para a avaliação da pertinência formal e material das normas inseridas no ordenamento de direito positivo com as previsões constitucionais (BARROSO, 2010, p. 263).

O controle de constitucionalidade é instrumento garantidor do cumprimento do teor das constituições, o que é exercido por meio da atribuição de competência a um órgão, que poderá ser judiciário ou não, para a declaração da inconstitucionalidade de normas, expurgando-as do sistema jurídico. Conforme será apresentado ao longo do segundo capítulo deste trabalho, a Constituição Federal brasileira adota modelo de controle de constitucionalidade que lhe é próprio, unindo os modelos de controle difuso e concentrado.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, no modelo de controle difuso, atribui-se ao Poder Judiciário a competência para julgar a constitucionalidade de atos normativos como questão incidente na solução de casos concretos, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a competência para uniformização do entendimento praticado pelos demais órgãos judiciários. Já pelo modelo concentrado, permite-se aos constitucionalmente legitimados o ajuizamento de ações diretas sobre a constitucionalidade das normas, a serem julgadas, também pelo Supremo Tribunal Federal, em juízo abstrato, com decisão que surtirá efeitos *erga omnes*.

Em ambos os modelos, o controle é exercido repressivamente, de maneira que não há, no Brasil, controle de constitucionalidade prévio à vigência da norma por órgão externo ao Poder Legislativo.

No segundo capítulo deste trabalho estudaremos, muito detidamente, o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, inclusive no que se refere ao exercício do controle de constitucionalidade. Antes, continuemos a apresentar as nossas premissas.

Inseridos no ambiente constitucional pós-positivista, é adequada a apresentação do caminho a ser percorrido pelo intérprete na geração do sentido do texto constitucional, de modo a deixar claro o processo que influencia na elaboração do raciocínio neste estudo. Vejamos.

1.3 A interpretação constitucional

Tendo apresentado os primeiros pilares sobre os quais o nosso raciocínio será erigido, passamos a mais um deles, também de suma importância: o processo de interpretação jurídico-constitucional.

Conforme expusemos acima, o positivismo jurídico é determinado pela imposição formal do direito, de acordo com regras de competência, de procedimento e com limites de conteúdo, havendo a sua transmissão para os seus destinatários via texto escrito. Ou seja, o direito legislado é formalizado em um documento. É assim com a Constituição Federal, as leis, outros atos normativos e com as decisões judiciais.

O texto escrito, portanto, é a forma de transmissão (comunicação) do direito, partindo do agente competente (legislador, chefe do executivo, juiz etc.) em direção ao seu destinatário (sociedade, grupos sociais, partes no processo etc.)¹¹.

Veja-se que a conversão do direito em texto representa uma codificação da mensagem (norma jurídica) em linguagem escrita, de maneira que o seu destinatário, para tomar contato com o conteúdo, deverá promover a sua “descodificação”, o que deverá ser feito por meio do processo de interpretação.

¹¹ Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 164) leciona: “O direito como sistema de comunicação – cujas unidades são ações comunicativas e, como tais e enquanto tais, devem ser observadas e exploradas – impõe que qualquer iniciativa para intensificar o estudos desses fenômenos leve em conta o conjunto, percorrendo o estudo do emitente, da mensagem, do canal e do receptor, devidamente integrado no processo dialético do acontecimento comunicacional.” No mesmo sentido, Paulo Ayres Barreto (2016, p. 27) aponta o direito como um “sistema de linguagem”.

Interpretar, por sua vez, é o ato de atribuição de significações aos códigos usados para a transmissão da mensagem, ou seja, é a construção pelo destinatário da mensagem (no caso, a norma jurídica), cuja transmissão se pretendeu¹².

A interpretação, evidentemente, não é ato exclusivo do direito. A interpretação está presente em todos os atos da vida humana. Veja-se que a comunicação oral também depende de interpretação, as expressões faciais, os sinais de trânsito, os sintomas corporais e as condições climáticas, também. A interpretação está presente do dia a dia dos seres humanos e somente por meio dela é possível a agregação de conhecimento e a organização de experiências.

Embora o direito transmitido na forma escrita dependa de mesma interpretação que todos os exemplos acima apresentados, devemos reconhecer que a sua organização sistemática, o seu norteamento por princípios e a demanda por não contradição entre normas determinam um procedimento técnico para que a significação do texto transmitido seja adequadamente construída (BECHO, 2015, p. 151).

As inúmeras controvérsias sobre o conteúdo do direito¹³, ou seja, sobre a significação do texto legislado, demonstram que interpretar não é ato simples. Conforme apresentaremos, diferentes premissas adotadas pelo intérprete podem conduzir a diferentes resultados de significação para a norma jurídica, de maneira que se faz necessário esclarecermos, por questão de honestidade científica, as premissas que norteiam o nosso contato com o direito.

Feita esta breve introdução, seguimos com a apresentação sobre a forma daquele que entendemos ser o adequado processo para a interpretação do direito, especialmente, o texto constitucional.

O processo para a interpretação é didaticamente apresentado por Paulo de Barros Carvalho (2006, p. 82), a partir de explicações semióticas. Conforme o professor apresenta, o primeiro contato do intérprete é sempre com o suporte físico, com as palavras escritas que buscam passar a mensagem legislada. Paulo de Barros Carvalho chama esse momento, o de contato do intérprete com o suporte físico, de S1, no qual ele deverá construir as significações das palavras com as quais teve contato.

¹² Nesse sentido: CARVALHO, 2009, p. 180.

¹³ O que se prova pela quantidade de teses em discussões perante as Cortes Superiores brasileiras, cuja verificação pode ser feita por simples buscas *on-line*, sobre os reconhecimentos de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal e as afetações ao regime de solução de demandas repetitivas perante o Superior Tribunal de Justiça.

A partir de tais significações, o intérprete caminha para o momento S2 do seu trabalho, no qual deverá formular proposições dotadas de sentido com fundamento no suporte físico com o qual teve contato. Ou seja, sentenças deverão ser formuladas de modo a gozarem de sentido.

Feito isso, o intérprete deverá organizar as referidas proposições em normas jurídicas, juntando elementos que, por vezes, não estão em um mesmo texto legal. Considerando os elementos mínimos para a formação de uma norma jurídica¹⁴, as proposições deverão ser aglutinadas de modo que a norma seja encontrada. Nesse momento, nas lições de Carvalho, o intérprete cumpriria o estágio S3 da formação de sentido.

Paulo de Barros Carvalho continua as suas considerações para apontar que o intérprete deverá avaliar as relações de subordinação e coordenação da norma jurídica por ele construída com as demais normas válidas dentro do ordenamento de direito positivo. Reconhecida a pertinência da norma formada com as demais normas do ordenamento de direito positivo, o intérprete teria cumprido o processo interpretativo, finalizando o seu momento S4.

Sobre as valiosas lições de Paulo de Barros Carvalho, duas observações nos parecem essenciais, especialmente pelo fato de elas influenciarem todas as reflexões deste trabalho.

A primeira das considerações está no fato de o momento S4 apontado por Carvalho significar a verdadeira verificação da pertinência da norma jurídica interpretada com o *sistema* de direito positivo, o que deve ser feito com a avaliação das relações de subordinação e de coordenação entre normas para garantir a inexistência de antinomias nos sistema de direito positivo, o que é, de acordo com Norberto Bobbio (1999, p. 80), uma das características do ordenamento jurídico.

Ou seja, interpretar adequadamente significa reconhecer (ou construir) normas jurídicas que estejam de acordo com o funcionamento do direito positivo, permitindo que os fins por ele pretendidos sejam, de fato, buscados. A relação de pertinência (formal e material) é fundamental na interpretação do direito.

¹⁴ Merece destaque, neste ponto, a teoria da regra matriz de incidência tributária, amplamente difundida no direito tributário, de acordo com a qual, minimamente, a norma jurídica deverá ser formada, em seu antecedente, por aspectos que determinem o fato tributável (material), o momento em que esse fato será reputado por ocorrido (temporal) e o local em que esse fato deverá ocorrer (espacial) para o nascimento da obrigação tributária. Já o conseqüente da norma jurídica, de acordo com a teoria da regra matriz de incidência tributária, deverá ser composto, minimamente, da determinação dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica (aspecto pessoal) e da forma de quantificação do tributo, normalmente, pela determinação de uma base de cálculo e de uma alíquota (aspecto quantitativo). Essas considerações seguem, basicamente, as lições de Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 146) sobre o assunto.

Veja-se que se o ordenamento jurídico, a partir de suas normas, for pensado como uma estrutura piramidal, na qual o vértice é ocupado pelos princípios constitucionais mais importantes e abstratos e a descida do vértice para a base for promovida com a produção de normas jurídicas mais concretas e individuais, toda a interpretação das normas jurídicas deverá ter como fim último a consecução não só das normas imediatamente superiores, mas de *todas* as normas que estejam acima nessa pirâmide, fazendo com que todo o sistema de direito positivo seja aplicado. A interpretação deve ser dar *conforme* a Constituição (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 351).

É nesse contexto que Eros Grau (2017, p. 86) aponta que o direito não deve ser interpretado em tiras, de modo que a aplicação de uma simples regra de direito signifique a aplicação de todo o ordenamento jurídico.

A natureza de sistema do ordenamento jurídico determina que todo o ordenamento seja considerado no momento da interpretação do texto legal para a construção de uma norma jurídica, sob o risco de a norma jurídica produzida tornar-se colidente com outra norma ou com princípios.

O mesmo vale, especificamente, para a interpretação do texto constitucional, conforme apontam Celso Bastos e Carlos Ayres Britto (1982, p. 65-66):

Dizendo melhor ainda, o ordenamento constitucional não é resultante de um conglomerado caótico ou desconectado de normas. Antes, é a própria expressão de um conjunto harmônico, sistemático e unitário, no sentido de que, sem prejuízo da função particular das suas normas, estas somente adquirem plena significação, a partir da compreensão do todo em que estão insculpidas.

O intérprete deve, portanto, verificar a relação de pertinência da norma construída, com o direito positivo vigente. Vale dizer que toda e qualquer norma jurídica deve representar a concretização de princípios maiores previstos pelo ordenamento jurídico.

É nesse contexto que a interpretação que despreze a natureza *sistemática* na construção de sentido da norma não deve ser considerada como a interpretação mais adequada para o conhecimento e aplicação do direito.

Essas considerações nos levam à segunda observação que gostaríamos de fazer sobre o caminho gerador de sentido proposto por Paulo de Barros Carvalho. Ela se refere ao papel das manifestações dos Tribunais na formação da norma jurídica.

Ao comentar a formação da norma jurídica, Renato Lopes Becho (2015, p. 154) apresenta a seguinte representação: “norma = lei + jurisprudência + interpretação”, para dizer que, junto com a interpretação do sentido do texto legal, é necessário que o intérprete

busque pelas manifestações, especialmente de Cortes Supremas, sobre o sentido por ele encontrado para o texto legal.

A posição defendida por Becho tem a finalidade de atribuir efeitos pragmáticos ao processo interpretativo, já que, caso o resultado da interpretação esteja em desacordo com manifestações jurisprudenciais, haverá grandes chances de o seu conteúdo ser revisto em uma medida judicial.

A observação das manifestações dos Tribunais é de essencial importância para a interpretação de textos legais de direito tributário. O alto grau de judicialização de demandas faz com o que as Cortes Supremas brasileiras analisem inúmeros aspectos da criação e incidência de todos os tributos, de maneira que é possível a observação da *jurisprudência*¹⁵ para que o conteúdo de uma norma jurídica vigente seja “previsto”¹⁶.

O papel das Cortes Supremas, no que se refere à importância das suas manifestações, seja na função de estabilizar controvérsias, seja na função de complementar o processo interpretativo, exercerá força gravitacional sobre todo o conteúdo deste trabalho, já que o seu objeto se refere aos efeitos das manifestações jurisdicionais perante o próprio Judiciário e perante os contribuintes para a construção do conteúdo da norma jurídico-tributária.

A norma jurídica, como se percebe, apenas nasce nos textos de direito positivo, e o seu sentido completo é fruto do labor do intérprete, sempre uma pessoa. É importante reconhecer, a partir disso, que o exercício da interpretação jurídica, em grande parte das vezes, dependerá de uma decisão (GRAU, 2017, p. 28) a ser tomada pelo intérprete sobre o conteúdo da norma jurídica. É decisão, pois o intérprete poderá se deparar com mais de uma “construção” possível para a norma, cabendo a ele fazer a opção sobre aquela que repute a mais adequada.

A *jurisprudência*, nesse momento de *decisão* pelo intérprete, ocupa posição de fundamental importância, já que um dos caminhos para a escolha da correta opção entre as várias que podem parecer corretas é avaliar o posicionamento do Poder Judiciário sobre a norma jurídica em “construção”, seja diretamente, caso haja decisões expressas sobre o caso, seja indiretamente, caso haja manifestações sobre questões incidentes que possam sugerir ao

¹⁵ Adiante, neste trabalho, delimitaremos o conceito de jurisprudência, apontando, especificamente, a sua participação na formação de conteúdo da norma jurídica.

¹⁶ José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 18), em igual sentido, assevera que “uma teoria da argumentação jurídica que porventura deixe de considerar a relevância dos *precedentes judiciais* perderia um dos mais característicos aspectos da justificação jurídica”.

intérprete o padrão decisório que será adotado pelo Poder Judiciário para a norma em interpretação.

Assumimos, portanto, que as manifestações do Poder Judiciário, especialmente das Cortes Supremas, têm o efeito de influenciar condutas da sociedade e, tecnicamente, ser ingrediente essencial no processo de interpretação da norma jurídica.

Voltando à *interpretação* e a sua relação com a jurisprudência, além do efeito pragmático, Becho (2009, p. 295) aponta o protagonismo dos Tribunais na concretização dos princípios, mediante aplicação em casos concretos, o que é de suma importância para efetividade do texto constitucional, composto de inúmeros princípios (normas de alta abstração e generalidade).

Sendo os princípios, como melhor se apresentará adiante, normas de essencial importância para a determinação dos objetivos e para a atribuição de unidade ao sistema de direito positivo, a sua consideração no processo de interpretação é inescusável.

Para usar das lições de Paulo de Barros Carvalho, especialmente no campo da interpretação constitucional, os princípios deverão ser considerados no momento S4 do caminho gerador de sentido. Para isso, à evidência, as manifestações dos Tribunais sobre o seu conteúdo deverão ser conhecidas e consideradas pelo intérprete, sob pena de construção de uma norma jurídica incoerente com o direito positivo vigente.

Tendo sido apresentados o percurso do processo interpretativo e a importância da consideração dos posicionamentos jurisprudenciais pelo intérprete, cumpre apontar mais um dos pilares do processo de interpretação, neste momento, especificamente constitucional: o princípio da máxima efetividade do texto constitucional.

Conforme apresentamos acima, no modelo pós-positivista, a Constituição deixa de ser uma carta meramente política, com finalidade de estruturação do Estado, para passar a conter, também, os direitos e garantias fundamentais do homem, positivando valores a serem protegidos e objetivos (por via dos princípios) a serem concretizados pelo Estado e sociedade.

Para que tais princípios, proteções e objetivos sejam, de fato, levados a efeito em um sistema jurídico, será essencial que o intérprete lhes atribua a máxima potência no processo interpretativo. É importante dizer que o direito positivo não veicula recomendações aos seus destinatários, mas normas de observância obrigatória.

A máxima efetividade na interpretação deverá decorrer no esforço do intérprete/aplicador para, dentre os possíveis conteúdos da norma por ele construída, decidir

por aquele que privilegie os mais importantes preceitos determinados pela Constituição vigente.

É o que aponta José Gomes Canotilho (1995, p. 227), ao comentar o princípio da máxima efetividade da interpretação constitucional:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)¹⁷.

A postura perante a Constituição deverá ser, sempre, de esforço para que as suas normas principiológicas, de garantias e de objetivos sejam levadas a efeito em sua máxima potência¹⁸.

Tendo sido fixado que o resultado da interpretação do texto constitucional deverá estar voltado para a concretização, com máxima efetividade das suas disposições, resta estabelecida a relação entre as a premissas que adotamos para o processo interpretativo. Vejamos.

Superada a primeira fase do processo de interpretação, que se refere ao contato do intérprete com o texto escrito, chegando à formação de um sentido possível para a norma jurídica, haverá a necessidade de verificar se a norma “construída” guarda relação de coordenação e subordinação com o direito positivo.

Essa avaliação somente é possível se considerada a natureza sistemática do direito, organizado a partir de normas de mais alta abstração e carga valorativa que fundamentam as normas de menor abstração (mais concretas). Essas normas de maior abstração são os princípios, garantias e objetivos do Estado, de maneira que o melhor resultado do processo

¹⁷ São, ainda, os comentários de Luiz Alberto David Araujo e de Vidal Serrano Nunes Jr. sobre a máxima efetividade (2005, p. 87): “O princípio da máxima efetividade, também designado de princípio da eficiência, diz que o intérprete deve emprestar ao texto constitucional a intelecção que confira a maior eficiência possível. O princípio tem particular relevância em relação aos direitos fundamentais, que, dotados de comando de aplicabilidade imediata e de âmbito de incidência necessariamente prospectivo quando em colisão com outros valores da Constituição, devem ser realizados da maneira mais ampla dentre as materialmente palpáveis.”

¹⁸ É coerente com o sistema constitucional afirmar que o conteúdo do preâmbulo e dos cinco primeiros artigos da Constituição Federal de 1988 determinam o fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive dos próprios dispositivos constitucionais que os seguem. Todos os princípios, objetivos e garantias previstos por esses dispositivos devem ser objeto de concretização em todo o processo de positivação e de interpretação do direito.

de interpretação deverá ser aquele que estabelecer maior eficácia àquelas normas que fundamentam e organizam o sistema de direito positivo.

Ainda no processo de interpretação, o contato com formas mais concretas de apresentação dessas normas que fundamentam e organizam o sistema de direito positivo (princípios, garantias e objetivos) deverá se dar pelo conhecimento da posição dos Tribunais, especialmente das Cortes Supremas, sobre o seu conteúdo.

Como resultado da consideração dos posicionamentos jurisprudenciais no processo de interpretação, haverá a tendência de maior segurança sobre o conteúdo da norma jurídica, assim como de previsibilidade sobre os resultados da sua concretização, uma vez que será o próprio Poder Judiciário o órgão encarregado de resolver controvérsias sobre o conteúdo de normas jurídicas e a sua relação de pertinência com o ordenamento jurídico.

A importância que tais afirmações ocupam no nosso entendimento sobre o funcionamento do direito positivo ficará clara ao longo deste estudo, já que o nosso objeto será, justamente, demonstrar o protagonismo que as manifestações do Poder Judiciário assumem para a formação da norma jurídica em direito tributário.

Na apresentação de considerações sobre o caminho a ser percorrido para a geração do sentido da norma jurídica esperamos ter deixado claro a importância dos princípios, que são as normas capazes de harmonizar o sistema de direito positivo, na medida em que condicionam a interpretação e aplicabilidade de todas as outras normas vigentes. Reputamos adequado, diante disso, alguns comentários um pouco mais aprofundados sobre essa espécie normativa.

1.4 Princípios

Estabelecidas as premissas do pós-positivismo, com a sua característica de positivação constitucional de valores, com forma rígida e possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, especialmente por Cortes Constitucionais, e o percurso da interpretação jurídico-constitucional, que coloca os valores positivados como o baluarte para a concretização do direito, com grande importância para as manifestações jurisprudenciais, entendemos importante nos manifestarmos sobre o conceito de princípios que adotamos.

Conforme apresentamos, o pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, significou a positivação de valores considerados inerentes à sociedade humana pelo ordenamento

jurídico, precipuamente pelas Constituições, que foram protegidas com a imposição de maior rigidez para alterações de seu conteúdo e com a criação de Cortes de Julgamento para garantir o cumprimento do seu conteúdo. O objetivo dessa positivação de valores, por sua vez, foi garantir um conteúdo mínimo ao direito positivo e, com isso, criar ferramentas para que se evite o uso do direito para finalidades que atentem contra a natureza do homem.

Essa positivação de valores, que dá origem ao princípio jurídico, não deve significar necessariamente que o direito positivo preveja, expressa e literalmente, cada um dos princípios eleitos para o ordenamento jurídico. Isso porque, conforme apresentado no item anterior, o conhecimento do conteúdo obrigacional decorrente do direito positivo (= norma jurídica) depende da realização do processo de interpretação, e o seu produto, condicionado às condições de subordinação e de coordenação dentro do sistema jurídico, pode guardar menor ou maior relação com o texto específico de um dispositivo legal.

Disso decorre a possibilidade de, a partir da interpretação de dispositivos legais, serem identificados princípios jurídicos que não decorram da literalidade do texto interpretado. A título de exemplo, como será observado adiante, interpretando a proteção constitucional do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, verifica-se a positivação do princípio da segurança jurídica pela Constituição Federal brasileira¹⁹.

O princípio jurídico, portanto, é uma norma jurídica, ou seja, é produto do processo de interpretação do direito positivo e por isso pode ser *explícito* ou *implícito*, sendo o primeiro aquele que consta expressa e textualmente previsto no texto legislado e o segundo aquele que decorre da interpretação de textos de direito positivo que a ele conduzem (SCHOUERI, 2017, p. 295). Fato é, contudo, que inexiste diferença de importância entre os princípios explícitos e implícitos, e ambos têm igual força de cogência (BECHO, 2015, p. 337).

Se o princípio, diante disso, representa o conteúdo de uma norma jurídica, com o conseqüente dever de cumprimento de uma relação jurídica caso a sua hipótese seja concretizada, faz-se necessário promover a diferenciação entre o princípio jurídico e a regra jurídica.

¹⁹ “Art. 5º, XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Assim como o princípio, a regra jurídica representa o conteúdo de uma norma jurídica²⁰, de modo que, produto do processo de interpretação, também a regra decorre do contato do trabalho do intérprete sobre os textos de direito positivo. O conteúdo da norma jurídica, portanto, pode representar um princípio ou uma regra, em diferenciação que é levada a efeito pela doutrina, por exemplo, nas palavras de Humberto Ávila (2004b, p. 70):

As regras são normas imediatamente **descritivas**, primariamente **retrospectivas** e com pretensão de **decidibilidade** e **abrangência**, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente **finalísticas**, primariamente **prospectivas** e com pretensão de **complementaridade** e de **parcialidade**, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (destacamos)

Assim, os princípios são normas que possuem maior grau de abstração e maior conteúdo axiológico e as regras normas jurídicas que, dotadas de maior concretude, estipulam relações jurídicas a partir dos modais deônticos de vedação, de permissão ou de obrigação.

A diferença em questão, como se pode perceber, não é imanente, mas apenas de graduação ou, melhor dizendo, de posição na escala de positividade do direito²¹. Em nosso ponto de vista, é nessa afirmação que podemos situar a importância dos princípios. Vejamos.

No ambiente pós-positivista o direito positivo deve ser instrumento para a finalidade de proteção e elevação da dignidade do homem, de modo que a concretização desses valores é que deverá informar a elaboração de um sistema jurídico. O direito positivo no pós-Segunda Guerra, portanto, nem sequer tem liberdade para a veiculação de *qualquer* valor, sendo necessária a sua decorrência ou relação daqueles valores que são inerentes à natureza humana (como dissemos, há, de fato, uma volta do direito natural).

Partindo disso, a construção do direito positivo, segundo o pós-positivismo, se inicia pelos princípios, ou seja, valores dotados de atribuição de *dever-ser*. Esses princípios, que são normas, terão por conteúdo valores relacionados à proteção do homem, à elevação da sua dignidade e a outras finalidades a serem perseguidas pelo Estado.

²⁰ Paulo Bonavides (2010a, p. 271) afirma “que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”.

²¹ Eros Grau (2017, p. 115) compara os princípios às regras, separando-os apenas por seu grau de abstração.

Os princípios, portanto, são a fundação sobre a qual todo o restante do sistema de direito positivo será erigido (CARRAZZA, 2007, p. 38; BECHO, 2015, p. 335). Como em uma obra de engenharia civil, somente sobre a fundação (o alicerce) é que a obra poderá ser desenvolvida, o que também ocorre com o direito positivo, já que o sistema será desenvolvido somente dentro dos limites de normatividade dos princípios. Evidentemente, o sistema de direito positivo deverá se conformar aos limites dos princípios que o fundamentam; novamente, como em uma obra, o edifício não pode ser erigido além dos limites da fundação preparada.

Conseqüentemente, todos os atos normativos estarão, ainda que indiretamente, limitados pelos princípios²². *Ainda que indiretamente*, pois uma norma de direito secundária, por exemplo, estará fundamentada em um ato legislativo cuja constitucionalidade (e pertinência com os princípios) será necessária; da mesma forma uma sentença judicial que se funda em uma regra concreta de direito, regra esta que deve obedecer aos princípios determinados pela Constituição.

Isso tudo serve para dizer que toda norma jurídica contida em um sistema de direito positivo carrega em si o conteúdo de um ou mais princípios, mas em alto grau de concretude.

Mas o conteúdo dos princípios não significa, apenas, o direcionamento da produção de atos legislativos. Além determinar os caminhos possíveis para o legislador, os princípios têm a finalidade, também, de promover a harmonização enquanto integração das normas jurídicas. Veja-se que a partir do reconhecimento de que todo o sistema deve ser construído a partir do conteúdo dos princípios que lhe orientam, é dever do intérprete verificar a adequada coordenação das normas a serem inseridas, ou já inseridas, no ordenamento jurídico com os princípios que o regem²³. Ou seja, toda norma jurídica vigente deve estar de acordo com os princípios que orientam o ordenamento jurídico.

A observação e concretização dos princípios, portanto, não é tarefa que se situa, exclusivamente, dentre as competências legislativas, mas também dentre os deveres do

²² Ávila (2004b, p. 73) aponta as funções definitória, interpretativa e bloqueadora dos princípios no que se refere ao conteúdo das regras que lhes são subjacentes. O conceito de *regra* proposto pelo autor, transcrito acima, aponta para o fato de que essa espécie normativa tem a finalidade de fazer concretizar os princípios ou as finalidades que lhe dão suporte.

²³ Humberto Ávila chama isso de “função definitória” dos princípios (2004b, p. 79), apontando como uma de suas finalidades a ajuda na adequada interpretação das normas de hierarquia inferior. O autor aponta, ainda, que isso pode acontecer de forma direta, quando o princípio é usado diretamente na conformação de outra norma, ou de forma indireta, quando o princípio atua sobre uma norma, que auxilia, por sua vez, na interpretação de outra norma. Essas observações estão dentre as considerações sobre a eficácia interna dos princípios, ou seja, a sua eficácia perante o próprio ordenamento jurídico.

intérprete e do aplicador do direito, que devem *testar* o produto do processo interpretativo (norma jurídica) à luz dos princípios jurídicos, de maneira a, eventualmente, promover ajustes na norma jurídica a ser aplicada.

A participação dos princípios no processo de interpretação/aplicação fica clara nas ocasiões em que o intérprete se depara com mais de uma interpretação possível para o texto positivado, ocasião em que os princípios deverão nortear a decisão pela interpretação que esteja mais adequada ao direito positivo vigente.

As funções de direcionar a construção do direito positivo e de ajustar o processo de interpretação, contudo, não são as únicas funções dos princípios, que também exercem função normativa, sendo aptos para a aplicação direta, como fundamento para a solução de problemas em concreto.

Essa possibilidade de aplicação direta decorre da natureza normativa do princípio, de maneira que, estabelecidos pela Constituição Federal, explícita ou implicitamente, com conteúdo de garantias ou de objetivos²⁴, os princípios têm aplicabilidade direta para a solução de casos, ainda que isso seja levado a efeito pelas mãos do Poder Judiciário.

A partir dessa identificação, Eros Grau mostra a sua preocupação sobre a forma pela qual os princípios são, atualmente, aplicados. O autor aponta que, em vez dos princípios, os valores é que têm norteados a interpretação e aplicação do direito, o que configuraria atuação fora do sistema jurídico (GRAU, 2017, p. 119).

Cumprido, nesse sentido, lembrar que os *valores* estão situados além das fronteiras do sistema de direito positivo, sendo eles apenas a fonte do conteúdo dos princípios. A forma pela qual um princípio é positivado, contudo, dependerá da atuação do órgão constituinte e, também, do conjunto de princípios positivados, já que o conjunto de princípios poderá impor restrições mútuas de aplicação.

A argumentação com os princípios, portanto, é jurídica. O sistema de direito positivo não permite que o intérprete/aplicador argumente com fundamentos que estejam fora dos

²⁴ Eros Grau (2017, p. 87) apresenta os princípios em sua função de normas-objetivo, estabelecendo a finalidade do sistema jurídico: “Essas *normas-objetivo* não se amoldam aos casulos conceituais das *normas de conduta* e das *normas de organização*. Procurando discernir a função que desempenham no interior do sistema jurídico, poderemos referi-las como normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas as normas de conduta e de organização. É evidente sua importância enquanto critérios indicativos dos fins a que se voltam as normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia. Outrossim, a contemplação, no sistema jurídico, de *normas-objetivo* importa a introdução, na sua *positividade*, de fins aos quais ele – o sistema – deve se voltar. A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva e a metodologia teleológica repousa em terreno firme.”

seus limites. Nesse sentido, Grau (2017, p. 104) aponta a vinculação do juiz ao *direito positivo* e que argumentar com base em valores, e não nos princípios, é um caminho para a tirania (GRAU, 2017, p. 123).

Nesse mesmo sentido, Ávila (2004b, p. 72) deixa claro que, sendo o princípio uma norma jurídica, ele é dotado do atributo de cogência (*dever-ser*) e, ainda que do seu conteúdo não seja possível extrair a determinação de uma conduta *exata*, é possível identificar a *espécie* das ações cuja observância o princípio impõe. Nas palavras do autor (ÁVILA, 2004b, p. 71), “a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização”.

Todas essas considerações atestam a importância que os princípios ocupam na positivação²⁵ do direito. Essa importância, contudo, muito comumente resulta em casos de conflitos entre diferentes princípios ou entre princípios e regras, que, colidentes entre si, submetem a solução do caso concreto à necessidade de uma decisão.

O grande número de casos em que essas colisões são colocadas para decisão fez com que os conflitos na aplicabilidade entre princípios e regras passassem a ocupar posição destacada na doutrina (ÁVILA, 2004b, p. 42), o que, evidentemente, é resultado da importância entregue aos princípios no que se refere à constante avaliação da constitucionalidade de normas ordinárias e da sua aplicação direta em casos concretos.

Tendo sido adotada a premissa segundo a qual os princípios constitucionais devem ser aplicados em sua máxima efetividade, cumpre-nos reconhecer que haverá casos em que o conteúdo de diferentes princípios colidirá entre si, determinando, por vezes, concretizações opostas. Nesses casos a solução da colisão deverá ser encontrada a partir do conteúdo dos mais fundamentais princípios constituidores do Estado, no caso brasileiro, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o Estado de direito, a república e a democracia (art. 1º, *caput*, da CF). Trata-se da avaliação aglutinada dos princípios (ÁVILA, 2004b, p. 73), de maneira que a máxima efetividade não deverá ser garantida isoladamente a cada princípio, mas em conjunto a todos os princípios.

Para a solução de colisão entre princípio(s) e regra(s), o caminho a ser seguido está no reconhecimento de que a regra tem a função de dar concretude ao princípio. Isso deve

²⁵ Positivação é o caminho percorrido pelo próprio sistema de direito, com a criação de normas que fundamentam sua validade umas nas outras até a previsão de normas de maior concretização. Isso fica mais claro ao identificar que as leis ordinárias têm o seu fundamento formal e material na Constituição Federal, os decretos nas leis ordinárias, as portarias nos decretos etc. A positivação significa, portanto, o caminho do direito da norma geral e abstrata, até a norma individual e concreta que a aplique.

significar, já em um primeiro momento, a verificação de que se a regra continua a concretizar com *razoabilidade e proporcionalidade* o seu princípio subjacente. Ou seja, saber se considerando a evolução do direito e da sociedade, a regra continua a atender ao princípio que lhe fundamenta (ÁVILA, 2004b, p. 49).

Caso a regra, abstratamente, não atenda mais ao princípio que imediatamente lhe fundamenta ou, se a sua aplicação no caso concreto não faz concretizar o conteúdo desse mesmo princípio, o conteúdo do princípio deve prevalecer sobre a regra. É importante, sem dúvida, que haja razões fortes e extraordinárias para tanto (ÁVILA, 2004b, p. 83).

Ainda, a aplicação da regra pode conflitar com o conteúdo de outros princípios, que não aquele que tenha fundamentado a sua positivação. Isso pode acontecer tanto no plano abstrato, com o cotejamento do conteúdo de regras e princípios, ou no plano da aplicação, diante de um caso concreto, em que a solução oferecida pela regra conflite com o conteúdo de princípios.

Valerá, também nessa situação, a avaliação do conflito à luz do conjunto de princípios fundamentais que ordenam o sistema de direito positivo, de modo que se verifique, entre os princípios feridos pela regra e o princípio que lhe fundamenta, aquele que deverá prevalecer, de modo a garantir a maior efetividade na aplicação do sistema.

A solução de tais conflitos é ato de interpretação e de aplicação do direito, em grande parte, portanto, ato de decisão pelo aplicador, que deverá escolher entre mais de uma resposta potencialmente certa.

É relevante anotar que a existência de mais de uma solução *certa* é um dos fundamentos para a escolha do tema deste estudo. Isso porque a existência de mais de uma solução possível é causa para as constantes mudanças de orientação de Cortes de julgamento. Em julgamentos colegiados com decisões proferidas por maioria, pode acontecer que a substituição de um membro da Corte por outro com entendimento diferente sobre determinado princípio faça com que a solução jurídica para casos idênticos seja diferente²⁶.

²⁶ Há caso interessante para ilustrar a situação que se refere à avaliação da incidência do ICMS sobre a tarifa cobrada pelas concessionárias de energia de seus consumidores pelo uso do sistema de transmissão da energia, ou seja, discute-se se o ICMS deve incidir somente sobre a operação com a energia elétrica ou se deve atingir também os valores pagos pelo uso do sistema elétrico. Em avaliação dessa discussão, a 1ª Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.278.024/MG (Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão unânime), em 2013, afirmou por unanimidade não ser possível a incidência do imposto. Avaliando, em 2017, o mesmo pedido, mas submetido à Corte por outro contribuinte, a 1ª Turma, no REsp 1.163.020/RS (Rel. Min. Gurgel de Faria, decisão por maioria), entendeu pela incidência do tributo. Dos cinco Ministros que compõem o órgão

Naturalmente, a possibilidade de soluções diversas para casos análogos é assunto espantoso aos estudiosos do direito e aos contribuintes, já que a inexistência de previsibilidade (segurança jurídica) pode conduzir a um ambiente arbitrário²⁷.

Por fim, a possibilidade de que a aplicação de regras seja afastada em favor da aplicação de princípios faz com que os casos fáceis, aqueles resolvidos pela aplicação direta e clara de uma regra, deixem de existir, já que, ao menos potencialmente e mediante boa fundamentação, todo caso pode ser transformado em um caso difícil com a suscitação de justificação por princípios (RIGAUX, 2003, p 164)²⁸.

Com tais considerações, estão firmadas as premissas “formais” que nos orientarão neste trabalho. Assumido o pós-positivismo como uma determinação para concretização dos princípios, a partir de um texto constitucional rígido e garantido pelo Poder Judiciário, deixamos claro a nossa posição sobre a interpretação do texto constitucional e sobre a definição e aplicação de princípios. Tais elementos são fundamentais para que o leitor compreenda a nossa racionalidade.

Ultrapassadas as premissas de forma, apresentamos, a seguir, as premissas materiais, ou seja, os princípios veiculados pela Constituição de 1988, que justificam e fundamentam a tese adiante construída.

1.4.1 Os princípios que fundamentam os argumentos deste trabalho: delimitação e apresentação

de julgamento, houve duas mudanças, mas dos três remanescentes, dois alteraram o seu posicionamento (Mins. Sérgio Kukina e Benedito Gonçalves).

²⁷ Conforme apontado acima, Eros Grau (2017, p. 123) apontou que a argumentação concentrada em valores (e não princípios) é causa para produção de decisões arbitrárias, ou seja, à margem do direito. Admitir que as Cortes de Julgamento possam produzir decisões diferentes para casos iguais sem a adequada justificação é fio condutor de verdadeiro arbítrio no tratamento do jurisdicionado, que não poderá nem sequer imaginar o resultado que o direito positivo impõe a determinada controvérsia.

²⁸ Um breve exemplo atesta a afirmação. A doutrina do direito constitucional (CANOTILHO, 1995, p. 230) reconhece a possibilidade da *mutação* constitucional, que é a mudança do sentido de uma norma constitucional a partir da mudança do significado de um princípio no ambiente social, o que classicamente se demonstra pelo princípio da igualdade que já foi suporte para a manutenção do regime escravocrata nos Estados Unidos da América. Havendo mutação constitucional, uma regra antes clara e amplamente aplicável pode, a partir da argumentação perante um Tribunal, ser colocada em xeque em uma decisão *difícil* sobre a aplicação de um princípio naquele caso concreto.

Como último dos pressupostos que nos conduzirão pelo raciocínio elaborado neste trabalho, cabe-nos explicitar aqueles princípios constitucionais que nos fizeram pensar sobre a relação entre as manifestações judiciais e a prática do direito tributário.

Como já tivemos oportunidade de dizer, limitamos o nosso campo de estudo ao direito constitucional, e, inseridos nesse ambiente, apresentaremos o nosso entendimento sobre a melhor forma de atuação do Poder Judiciário enquanto um sistema organizado pela Constituição Federal de 1988, para, ao final, verificar o impacto que esse funcionamento pode ter sobre a aplicabilidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Mais concretamente, o nosso objetivo será verificar se a limitação de eficácia da decisão judicial promovida pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional deve ser aplicada indiscriminadamente para todos os pedidos de compensação tributária. Essa avaliação será feita com fundamento nas determinações constitucionais que informam o funcionamento do Poder Judiciário e com fundamento na responsabilidade que esse poder tem para a concretização de alguns princípios constitucionais, cuja apresentação será feita a seguir.

Veja-se, nesse sentido, que o art. 170-A do CTN encerra uma verdadeira limitação legal à tutela jurisdicional, que seria justificada pela proteção, em favor do Estado, de somente sofrer a compensação de tributos quando houver certeza sobre a existência do crédito em favor do contribuinte, o que é qualificado pelo trânsito em julgado da medida judicial em que declarado o direito à compensação.

A partir dessas breves considerações é possível verificar que o art. 170-A do CTN promove restrição da efetividade da tutela jurisdicional com fundamento na impossibilidade de conhecer o direito vigente (ou seja, saber se o tributo é ou não é devido) e, por isso, reconhece a inexistência de segurança jurídica no que se refere à legislação tributária, o que pode ser causa para o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em mesma situação, uma vez que, por diferentes razões, o resultado de cada medida judicial poderá ser diferente.

Partindo dessa afirmação, o argumento construído neste trabalho terá os seus fundamentos mais genéricos nos princípios constitucionais do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade e da efetividade da tutela jurisdicional.

Buscaremos relacionar esses princípios ao funcionamento do Poder Judiciário, para demonstrar o fundamental papel que esse Poder tem para a sua concretização e, mais que isso, para demonstrar que tais princípios fundamentam a própria forma pela qual a Constituição Federal organiza o Judiciário e conduz a sua atuação.

Considerando, então, que os princípios que analisaremos a seguir terão o efeito de nos subsidiar para que verifiquemos as normas constitucionais que ditam a forma de funcionamento do Poder Judiciário, também será importante a análise de dois princípios que se ligam ao funcionamento das instituições públicas, quais sejam, o da eficiência e o da moralidade na atuação estatal.

Assim, unindo tais princípios às regras de estruturação constitucional do Poder Judiciário (a serem examinadas no Capítulo 2), apresentaremos aquele que é o modelo de funcionamento constitucional do Poder Judiciário, de modo a nos permitir verificar se a indiscriminada aplicação do restritivo art. 170-A do CTN se alinha ao melhor funcionamento judiciário.

Por fim, ainda sobre os princípios em questão, é importante esclarecer que os apresentaremos em sua acepção genérica com breves considerações, sendo que, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, realizaremos o seu acoplamento às questões específicas relacionadas ao funcionamento constitucional do Poder Judiciário e, ao final, à avaliação da constitucionalidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Passemos, diante disso, ao Estado de direito.

1.4.1.1 Estado de direito

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1^o²⁹, apresenta a República Federativa do Brasil como *Estado de direito*, ou seja, estabelece uma norma jurídica para determinar que o Estado brasileiro seja regido pelo regime jurídico inerente a um *Estado de direito*, de maneira que se faz necessário compreender o que isso deve significar.

A expressão *Estado de direito*, aponta Ferreira Filho (2007, p. 5), foi cunhada na Alemanha (*Rechtsstaat*) por volta do ano de 1800 para representar a oposição a outros dois tipos de governo, o despotismo e a teocracia. Exatamente naquele momento histórico consubstanciavam-se as duas principais revoluções ocorridas contra o regime absolutista, até então predominante, a declaração de independência das três colônias americanas (1776)

²⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

e a Revolução Francesa (1789), que resultaram na formação do *Estado de direito* tal qual modernamente conhecido, uma vez que a classe que ascendeu ao poder deixou de admitir a coincidência entre Estado e governante. Celso Bastos (2000, p. 157) comenta sobre o *Estado de direito*:

Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como ideia de força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos, os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada.

É possível afirmar o *Estado de direito*, portanto, como decorrência da queda dos regimes absolutos, de modo que submeter o Estado ao direito significaria impor a ele o dever de agir dentro dos limites em que autorizado por lei, produzida por aqueles que legitimados para tanto, fazendo oposição, portanto, ao Estado que agia de acordo com a vontade de um soberano. O poder, no modelo de Estado de direito, passa a ser da lei, e não mais de pessoas específicas (BONAVIDES, 2010b, p. 43).

A transição entre o modelo de Estado despótico para o modelo de Estado de direito tem como fundamento da proteção da *liberdade* enquanto valor natural ao homem. Isso porque a lei passou a ser vista como o padrão capaz de, limitando o exercício da liberdade pelo Estado e particulares, viabilizar a vida em sociedade. Não limitar o exercício das liberdades, entre as relações particulares significaria a possibilidade de cada indivíduo agir conforme as suas próprias convicções estabelecendo o estado de desordem; por outro lado, não restringir a liberdade de atuação do Estado seria o caminho para a manutenção da viabilidade da prática de condutas arbitrárias, típicas do Estado absoluto. Coube, nesses termos, à lei estabelecer os limites da fruição da liberdade pelo Estado e por seus administrados. São interessantes, nesse contexto, as palavras de Manoel Ferreira Filho (2007, p. 2):

A liberdade absoluta, entretanto, é incompatível com a vida social. Esta reclama a limitação da liberdade de cada um para que todos possam ser, na medida do possível, livres. De fato, a liberdade absoluta para alguns poderia significar, e provavelmente significaria, a não liberdade, a negação da liberdade de outros. A vida social, conseqüentemente, exige uma coordenação da liberdade dos indivíduos em interação recíproca, para que todos permaneçam livres, no máximo possível. Delimita-se o campo da liberdade de todos, restringindo-a no mínimo, a fim de que cada um permaneça livre no máximo compatível com a vida social.

Ainda sobre a relação entre liberdade, legislação e papel do Estado, Ferreira Filho aponta que o modelo de Estado de direito transforma o Estado, de opressor das liberdades, em seu garantidor. São as suas palavras (FERREIRA FILHO, 2007, p. 3):

[...] Na verdade, pretende, como ensina Locke, que aceita o homem a vida em sociedade, com os consequentes empecilhos à liberdade para contar com uma ordem, expressa em leis claramente definidas, impostas por uma força armada, arbitrada por juízes imparciais. Por isso, na proposta de refazer a sociedade, as instituições, o Estado, inclui-se a transformação deste de inimigo em garante da liberdade. O Estado justamente organizado seria o defensor da liberdade. E não haveria o Estado retamente estruturado sem que o poder estivesse limitado, dividido e exercido, se não pelo próprio povo (pela “vontade geral” na versão de Rousseau), por “representantes”.

O fundamento para a criação do Estado de direito em oposição ao Estado absolutista estava, portanto, na necessidade de viabilização da *liberdade* de modo a, por meio da lei, impor a cada indivíduo os limites para o exercício da sua liberdade pessoal e, também submetendo o Estado à lei, atribuir-lhe a tarefa de ser o garantidor dessa liberdade, especialmente por estar sujeito a agir conforme com o que lhe fosse autorizado por lei, e não mais de acordo com a vontade de um soberano³⁰.

Submeter o Estado ao cumprimento da lei significou, segundo aponta a doutrina³¹, a característica fundamental formal do Estado de direito, sendo que não só os indivíduos, mas também toda a máquina estatal, estariam sujeitos ao cumprimento de regras preexistentes.

Estabelecida a condição de império da lei como o caminho para a concretização da liberdade do indivíduo, seja pelo condicionamento das suas ações, seja pela limitação da atuação do Estado, verificou-se que a formal garantia de submissão à lei não teria o condão

³⁰ Merece registro do fato de que, embora se aponte o nascimento do Estado de direito no final do século XVIII, já no século XIII, na Inglaterra, havia oposição do povo contra a imposição de deveres tributários pelo Estado sem que esses fossem precedidos da concordância dos contribuintes por atos que se assemelhassem a leis. Gerd Willi Rothmann (1983, p. 88): “De fato, foi em 1215 que na Inglaterra a nobreza e a plebe impuseram ao príncipe João um estatuto que, antes de mais nada, visou coibir-lhe a atividade tributária absolutamente extorsiva. Este estatuto, que representa a primeira constituição inglesa, é conhecido como *Magna Charta Libertatum*, expressão do anseio de liberdade e consequente limitação dos poderes do Estado.”

³¹ Têm sido longas, na doutrina, as controvérsias provocadas pela noção de Estado de direito; mas um ponto parece comum a todos que dela têm se aproximado. É que a noção de Estado de direito, pelo menos, na sua formulação original, reveste um duplo sentido, material e formal: o *conteúdo material* do Estado de direito está na afirmação de que a finalidade essencial do Estado consiste na realização da justiça, concebida, sobretudo, com a rigorosa delimitação da livre esfera dos cidadãos, em ordem a prevenir o arbítrio do poder e a dar, assim, a maior expressão possível à segurança jurídica; o *aspecto formal* do Estado de direito, por seu turno, envolve, basicamente, a ideia de que, na realização dos seus fins, o Estado deve exclusivamente utilizar as formas jurídicas, de que sobressai a lei formal. Por outras palavras: o Estado de direito foi, ao menos inicialmente, concebido como aquele que tem por fim o direito e atua segundo o direito; isto é, aquele que tem a justiça por fim e a lei como meio da sua realização (XAVIER, 1978, p. 8).

de evitar a prática de condutas arbitrárias, a depender, evidentemente, do conteúdo da legislação.

Como forma de potencializar a condição da lei como instrumento da proteção da liberdade individual, modernamente, o conceito de *Estado de direito* liga-se, intimamente, ao princípio democrático, que garante ao *povo* a soberania para produção de leis que vincularão a si mesmo (povo) e ao próprio Estado no exercício do poder³². Veja-se, então, que ao povo, por meio dos seus representantes, é assegurada a elaboração da ordem jurídica, o que, em direito tributário representa a competência para a criação dos tributos que ele mesmo (povo) deverá pagar, fazendo nascer o conceito de autotributação³³.

Ao retirar a competência exclusiva de uma pessoa ou de um pequeno grupo e entregá-la para que o povo determine, ele mesmo, as regras aplicáveis às suas relações e ao Estado, o princípio democrático estabelece o principal instrumento de combate à prática de arbitrariedades pelo Estado, retirando o poder das mãos de uma única pessoa. Vejamos as palavras de Bastos e Martins (1988, p. 136):

[...] Na verdade o Estado moderno, democrático, tem guardado uma obediência sensível ao ordenamento jurídico. A despeito das dificuldades reconhecidamente procedentes de se sancionar o Estado quando ele é o descumpridor das suas próprias leis, nem assim tem deixado o Estado de pautar-se pelas regras jurídicas que cria. Tem sido como que uma necessidade lógica de coerência; ao Estado Moderno não se conferiria legitimidade enquanto estivesse ele voltado exclusivamente a impor normas. O estágio já atingido no processo de avanço democrático presta-se a impedir que, nada obstante seja o povo o titular da soberania, possa ele sofrer o exercício de um poder feito de maneira arbitrária ou desgarrada da legalidade³⁴.

³² De acordo com Celso Bastos (2000, p. 157), o princípio democrático dá conteúdo ao Estado de direito.

³³ “Não cabe, no plano deste estudo, abordar, ainda que de breve, o tema das origens históricas da legalidade tributária. Mas importa, isso sim, salientar que esse princípio surgiu ligado à ideia de que os impostos só podem ser criados através das assembleias representativas e, portanto, à ideia de sacrifício coletivamente consentido, ou seja, à de autotributação.” (XAVIER, 1978, p. 7)

³⁴ Apresentamos a definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 18) sobre o Estado democrático de direito: “A expressão Estado de Direito é suscetível de várias interpretações. Pra uns, Estado de Direito é a mesma coisa que Estado constitucional, isto é, Estado em que o poder é limitado por uma Constituição escrita e rígida. Para outros, Estado de Direito é aquele que é regido, em última análise, pela lei, mas por uma lei com conteúdo de justa, não pela mera vontade arbitrária do legislador, expressa pela forma de lei. Não falta, porém, quem em nome da ‘pureza’ do direito pretenda que é Estado de Direito todo aquele que comanda por meio de leis, independentemente do conteúdo justo ou não dessas leis (ver do autor *Estado de direito e Constituição*, cit.). Certamente a intenção do constituinte ao referir-se a Estado Democrático de Direito foi a de mostrar que ele não pretende que o Brasil seja regido por leis formais que violem eventualmente os princípios fundamentais da democracia.”

No Estado democrático³⁵ de direito, portanto, as leis são produzidas pelo próprio povo, por meio de seus representantes, cabendo aos Poderes do Estado apenas a sua execução, nos seus exatos limites determinados no processo legislativo.

O *Estado de direito*, portanto, é instrumento para a viabilização da liberdade individual, um direito natural ao homem. No que se refere à conduta estatal, também submetida ao direito, esse modelo de Estado esvazia a possibilidade de prática de condutas arbitrárias, na medida em que garante aos particulares que o Estado agirá dentro dos limites da legislação vigente, da qual é possível a todos o prévio conhecimento.

Esse é o contexto que faz do *princípio da legalidade* o primeiro instrumento de proteção da liberdade individual, o que é reconhecido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 29), ao apontar que:

Se é reservado à lei determinar que se faça ou que não se faça alguma coisa, forçoso é reconhecer que os próprios poderes do Estado somente podem atuar dentro do campo estabelecido pela lei e segundo seus ditames. A Administração Pública e os órgãos jurisdicionais hão de aplicar a lei, o que significa que sua função vai, essencialmente, resumir-se em transformar em comandos individuais as ordens genéricas da lei, do legislador. Assim, Executivo e Judiciário não podem criar obrigações novas nem reconhecer direitos novos. Sua ação se limita ao cumprimento da lei.

Isso, aliás, é exatamente o pretendido pela *separação dos poderes*. A divisão funcional do poder, em sua fórmula clássica, prevê um poder que estabelece a lei – o Legislativo – e dois outros que a aplicação – o Executivo e o Judiciário, este contenciosamente (*De l'esprit des lois*, cit., Livro 11, Cap. 6; cf. nosso *Do processo legislativo*, cit., n. 70 e 71).

Por outro lado, o princípio da legalidade é o *princípio da liberdade* para os indivíduos em geral. Com efeito, na falta de lei, estão eles livres para fazer, ou deixar de fazer, o que bem lhes parecer.

Assim como Ferreira Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 102) aponta a importância do princípio da legalidade para a garantia da liberdade individual, considerando, mais especificamente, a atuação estatal:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

³⁵ “A democracia é o governo do próprio povo.” (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 203)

A lei, portanto, é o elemento capaz de caracterizar o *Estado de direito*, sendo que indivíduos e Estado estão a ela submetidos, como forma de fazer coexistir liberdades individuais, todas garantidas pelo Estado, que agirá somente em conformidade com determinações legais. Como forma de viabilizar todas essas relações, é essencial que o quanto determinado por lei seja efetivamente cumprido por todos os sujeitos atingidos por seus efeitos.

Veja-se que, ainda com relação ao Estado de direito e à legalidade, o Decreto-lei n. 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reforça a obrigação de cumprimento do conteúdo legal, fazendo expresso em seu art. 3º que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Embora a disposição conste expressamente em lei, o seu teor é nitidamente decorrente do *Estado de direito*, uma vez que seria impossível à lei regulamentar condutas se fosse possível aos sujeitos de direito escusarem-se de cumpri-la sob alegação de seu desconhecimento.

Proibir ao Estado ou ao indivíduo que descumpra o direito alegando o seu desconhecimento, por um lado viabiliza a existência do *Estado de direito*, mas, por outro, deve significar o compromisso do próprio Estado em criar *verdadeiras* condições para que o conteúdo da lei seja conhecido.

Isso quer dizer que não basta para a concretização do Estado de direito a existência formal da lei, que não guarde em si conteúdo capaz de ser conhecido pelos sujeitos por ela atingidos, caso em que estariam restabelecidas as condições para a prática de condutas arbitrárias pelo Estado, que poderia, sob a justificativa de cumprir a lei, aplicar diferentes conteúdos, em diferentes situações, para um mesmo dispositivo legal.

É essencial para o Estado de direito, diante disso, a existência de um ordenamento jurídico unívoco, que permita tanto ao Estado-Executivo quanto aos particulares o exercício da liberdade protegida pela *legalidade*, sem que restrições indevidas lhe sejam impostas.

Assumir o poder da lei em detrimento do poder da pessoa, ou seja, transitar do Estado absoluto para o Estado de direito, depende do cuidado para que seja possível ao indivíduo a ciência sobre o conteúdo do ordenamento jurídico vigente, sob pena de viabilizar condições suficientes para a prática de atos arbitrários, típicos do Estado absoluto, caso em que a *liberdade*, objeto de proteção do Estado de direito, estaria em risco.

A condição de cognoscibilidade do direito deve receber especial destaque a partir do reconhecimento de que o texto de lei não é a norma jurídica vigente em si mesmo. Conforme verificamos no item 1.3 deste capítulo, o texto de lei se transforma em norma jurídica

somente após o processo de interpretação, que, a depender do caso e dos intérpretes/aplicadores, pode ter como resultado diferentes produtos.

Em questões de direito tributário, por exemplo, são comuns as divergências entre contribuintes e Estado-Executivo sobre o conteúdo da norma jurídica que determina a incidência tributária. O Estado tende à produção de interpretações que resultem na majoração da arrecadação tributária, enquanto o contribuinte interpreta a lei que favoreça a proteção de seu patrimônio.

A depender da amplitude dessas divergências o direito perde a sua capacidade de regulamentar condutas (e restringir a liberdade), uma vez que o seu conteúdo passa a ser desconhecido e, conseqüentemente, dotado de baixa eficácia.

É nessa condição que o Poder Judiciário desempenhará função essencial para a manutenção do Estado de direito, uma vez que somente os seus atos de interpretação + aplicação do direito terão o efeito de vincular o Estado e os particulares, de maneira que o Judiciário tem compromisso com a determinação do conteúdo do direito vigente, por conseguinte, com a proteção da liberdade individual contra as arbitrariedades estatais.

É por essa razão que já apontamos a participação do Poder Judiciário (*jurisprudência*) na formação da norma jurídica. Esse Poder tem sido chamado, com crescente frequência, para decidir sobre o conteúdo do direito vigente, considerando, especialmente, a abrangência principiológica da Constituição de 1988, o aumento da complexidade das relações particulares e a profusão e difusão da legislação ordinária no Brasil, o que faz o direito vigente um tanto obscuro.

Se ao Estado de direito é imputada a tarefa de controlar a força estatal mediante submissão à lei, isso será tanto mais efetivo (ou possível) quanto maior for a possibilidade de o sujeito de direitos tomar conhecimento do teor da lei. Trata-se de questão lógica e inerente ao Estado de direito, que deixa de existir quando o texto legal não é cognoscível³⁶.

Essa indeterminação colocou o Poder Judiciário no papel de protagonista para a viabilização do Estado de direito, já que, em decorrência da enorme judicialização de

³⁶ Sobre a decorrência do princípio da legalidade em matéria tributária e a sua relação com a clareza da lei, valemo-nos das palavras de Carrazza (2007, p. 423): “À vista do exposto, a lei ordinária (federal, estadual, municipal ou distrital), que se ocupa com o fenômeno da tributação, deve não só prescrever a conduta da Fazenda Pública, como dar-lhe diretrizes seguras, a partir das quais ela possa decidir cada caso concreto que seja levado à sua apreciação. Deseja-se, pois, que a autoridade fiscal, sem qualquer subjetivismo, subsuma o fato à norma ou, em termos mais técnicos, como predica Karl Engish, o *conceito* (a representação mental) do fato ao *conceito* da norma.”

controvérsias de natureza tributária, esse poder passou a ser corresponsável pela determinação de sentido unívoco ao direito positivo.

Veja-se que ao Poder Judiciário corresponde, então, a função de determinar o conteúdo do direito vigente a partir do texto produzido pelo Poder Legislativo. É exatamente sob o espectro dessa função, que é cabível ao Poder Judiciário, que analisaremos as regras constitucionais que determinam o seu funcionamento, nos termos do segundo capítulo deste trabalho.

Vale destacar, nesse contexto, que o art. 170-A do CTN aponta para uma falha no *Estado de direito*, considerando a sua função de proteção da liberdade. Isso porque o dispositivo do CTN tem aplicação quando o Poder Judiciário reconhece a prática de atos ilegais pelo Estado-Executivo (restrição indevida de liberdade), não autorizando a sua reparação, sob a justificativa de existir a possibilidade de que o ato declarado ilegal seja, em algum momento, reconhecido por legal.

O Estado de direito, enquanto norma jurídica que informa a relação dos particulares entre si e dos particulares com o Estado, determina que o direito vigente seja um e que o seu conteúdo seja conhecido pelos indivíduos, sob pena de permitir ao Estado a prática de condutas arbitrárias. A sua concretização, por sua vez, depende da adequada atuação do Poder Judiciário, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

Intimamente ligado ao *Estado de direito* está o princípio da segurança jurídica, que passamos a apresentar.

1.4.1.2 Segurança jurídica

As considerações acima sobre o Estado democrático de direito trazem à baila a ideia de *segurança jurídica*, enquanto capacidade de o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, permitir ao particular o *conhecimento* sobre os limites das suas relações com o Estado e com outros particulares. A partir da determinação inerente ao Estado de direito de que ninguém se escusa do cumprimento da lei sob a alegação de seu desconhecimento, é *necessária* a garantia de condições materiais para o conhecimento da *norma jurídica*.

Fique claro, nesse sentido, que não basta ao indivíduo o conhecimento da existência de uma lei, por exemplo, a Constituição Federal, o Código Civil (Lei n. 10.406/2002), o

Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940) ou o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), mas é necessário que o cidadão conheça o conteúdo das regras jurídicas imposto pelo Poder Legislativo por meio desses, e de todos os outros, diplomas legais.

Queremos dizer, com isso, que as garantias de liberdade e de propriedade *podem* ser restringidas pelo Estado, desde que o indivíduo saiba, com certeza, que a prática de determinados atos jurídicos, ou a ocorrência de fatos jurídicos, poderão resultar nessas restrições de direito. Não basta a presunção formal de conhecimento pelo destinatário da norma, mas a garantia de conhecimento material do conteúdo do direito, para que este lhe seja legitimamente imposto.

Por legitimamente imposto queremos dizer a aplicação do direito com isenção de arbitrariedades, com a viabilização de alguma previsibilidade em favor do particular, no caso deste trabalho, o contribuinte.

Veja-se que, mais uma vez considerando o conceito adotado de norma jurídica, que considera a *jurisprudência* na sua formação, o Poder Judiciário passa a exercer papel fundamental para a sua viabilização.

Antes da participação do Poder Judiciário na garantia de segurança jurídica, contudo, voltemo-nos para o conteúdo da segurança jurídica, a partir do texto constitucional de 1988. Embora a Constituição Federal não preveja, literalmente, a segurança jurídica como uma garantia fundamental, a partir do art. 1º, que estabelece o Brasil como um Estado democrático de direito, e do art. 5º, XXXVI, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”³⁷, a doutrina reconhece a previsão desse princípio pela Constituição Federal de 1988 (CARRAZZA, 2007, p. 383; CARVALHO, 2008, p. 166; ÁVILA, 2004a, p. 295; FERREIRA FILHO, 1997, p. 54).

Partindo de tais dispositivos, tradicionalmente, a segurança jurídica é reconhecida como o atributo de certeza sobre os efeitos jurídicos de fatos já ocorridos ou atos já praticados, assim como a previsibilidade sobre os efeitos jurídicos de fatos ou atos futuros. No que se refere à tradicional definição, apresentamos as palavras de Roque Carrazza (2009, p. 44):

Com efeito, uma das funções mais relevantes do Direito é “*conferir certeza à incerteza das relações sociais*” (Alfredo Augusto Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio. Como o

³⁷ Adicionalmente, parte da doutrina aponta os princípios da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, *a*) e da anterioridade (art. 150, III, *b*) como indicativos da proteção da segurança jurídica pela Constituição Federal de 1988.

direito é a “imputação de efeitos a determinados fatos” (Kelsen), o *princípio da segurança jurídica* exige que cada pessoa tenha elementos para conhecer previamente as consequências de seus atos.

Isso dá a todos a tranquilidade para planejar o porvir, já que se conhece o *modus* pelo qual as regras de conduta serão aplicadas. Por outro lado, a certeza de que serão respeitados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, dá às pessoas a chamada “*garantia do passado*”, o que leva à irretroatividade do próprio direito, fenômeno que mais adiante estudaremos.

Acrescentamos que o princípio da segurança jurídica reclama, ainda, que as pessoas tenham condições de antecipar objetivamente seus *direitos e deveres*, que, por isso mesmo, só podem surgir de lei, igual para todos, irretroativa e votada pela pessoa política competente. Como se vê, a segurança jurídica acaba por desembocar na confiança que as pessoas devem ter no Direito.

A definição promovida por Carrazza aponta para os elementos de *estabilidade* e de *cognoscibilidade* como centrais à definição de segurança jurídica. Estabilidade em referência às situações jurídicas já consolidadas no tempo, de maneira a preservar os seus efeitos no tempo, e cognoscibilidade como forma de conhecimento do direito, de modo a permitir ao particular/contribuinte a ciência das consequências jurídicas e fatos e atos, permitindo-lhe o conhecimento sobre o resultado de seus atos (e fatos que o envolvem) e o planejamento sobre atos futuros.

Humberto Ávila (2004a, p. 296-297) aponta a representação da segurança jurídica sobre duas perspectivas, uma *formal-temporal*, que significa, a partir da vigência da lei, a impossibilidade de sua retroatividade para atingir fatos já ocorridos e a garantia da possibilidade de que o seu destinatário tenha conhecimento da sua existência previamente ao início dos seus efeitos. O autor apresenta, ainda, a perspectiva *material* da segurança jurídica, como a possibilidade de o indivíduo ter conhecimento do conteúdo da lei, o que, em direito tributário, é o instrumento para que o contribuinte calcule (preveja) antecipadamente a incidência do tributo.

Ainda considerando posições doutrinárias, Daniel Mitidiero promove o aglutinamento de características do princípio da segurança jurídica, apontando que (MITIDIERO, 2017, p. 24):

A segurança jurídica pode ser decomposta analiticamente em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica. Nenhuma ordem jurídica pode ser considerada segura se inexistente *cognoscibilidade* a respeito do que deve reger determinada situação da vida. É necessário que o sistema jurídico viabilize *certeza* a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. Sem cognoscibilidade, não há como existir *segurança e orientação* (“*Orientierungssicherheit*”), isto é, segurança a respeito daquilo que nos é exigido pela ordem jurídica diante de dada situação concreta. A segurança jurídica depende igualmente da ideia de *estabilidade* (continuidade, permanência, durabilidade), porque uma ordem jurídica sujeita a *variações abruptas* não provê condições mínimas para que as pessoas *possam se organizar e planejar* suas vidas. Uma ordem jurídica segura constitui ainda uma ordem *confiável*, isto é, que é capaz de reagir contra *surpresas*

injustas e proteger a *firme expectativa* naquilo que é conhecido e naquilo com que se concretamente planejou. A segurança jurídica depende, por fim, da capacidade de *efetividade* normativa. Vale dizer: de *segurança de realização* (“*Realisierungssicherheit*”). Isso porque só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso ameaçado ou efetivamente violado. Isso explica a razão pela qual a ideia de segurança jurídica também é normalmente associada à noção de *inviolabilidade* normativa.

O excerto demonstra o entendimento do autor pela cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade como atributos necessários a um sistema jurídico que se pretenda seguro. Permitindo o conhecimento do direito, para o que, entendemos, a sua estabilidade é necessária, e promovendo-se efetivas reparações de ilegalidades, tende-se à confiança da sociedade no sistema jurídico.

A segurança jurídica é o elemento de ligação, de conexão, de empatia, entre a sociedade e o direito, pois será por meio da segurança que os indivíduos confiarão na ordem jurídica vigente, o que é elemento essencial para a estabilização de relações, já que tende-se ao cumprimento voluntário de deveres (no caso, jurídicos) por aqueles que neles (direito) confiam³⁸. Veja-se que a demanda por previsibilidade, expressada nas relações de causa e consequência, é natural ao homem, que a busca em estudos nas ciências exatas, biológicas e, também, humanas.

Abordando a segurança pelo seu aspecto *material*, esse princípio garante ao particular (contribuinte) a capacidade de conhecer o direito, determinando a imutabilidade dos efeitos de atos já ocorridos e a possibilidade de cálculo das consequências de fatos tendentes a ocorrer. Somente o conhecimento do conteúdo é que permitirá uma relação entre Estado e administrados marcada pela atuação de acordo com a legalidade, representada pelo conteúdo da lei, e não simplesmente pela vigência de um diploma normativo.

Essas considerações sobre o princípio da segurança jurídica amoldam-se, perfeitamente, ao Estado legalista tradicional, positivista, em que a promulgação de uma lei representava o máximo da certeza e da segurança, com capacidade de resolver conflitos sem necessidade de interpretação.

Diferente é o caso do Estado atual, pós-positivista, em que o texto legal representa, considerando a teoria da interpretação, apenas o ponto de partida para a aplicação do direito, suscetível, portanto, a controvérsias, a serem resolvidas pelo Poder Judiciário. A incerteza sobre o conteúdo da lei, nesse contexto, é exemplificada por Ávila (2004a, p. 150), que

³⁸ Misabel Derzi (2009, p. 330-331) avaliando o atributo de confiança inerente à segurança jurídica, aponta que a sua concretização depende do conhecimento ou familiaridade com as informações (conteúdo da norma) e a estabilidade das estruturas que as carregam, o que viabiliza a estabilização de expectativas.

aponta a recorrência de casos em que o contribuinte entende ter razão diante de determinada situação, por exemplo, de não incidência do tributo, o que acaba não reconhecido pelo Poder Judiciário.

Seguindo, ainda, as lições de Humberto Ávila (2004a, p. 300), a segurança jurídica material encontra-se mitigada pela necessidade de interpretação dos textos normativos, com a possibilidade de decisões administrativas e/ou judiciais sobre o seu conteúdo.

Considerando, então, a aptidão de todo texto legal para a interpretação, não só literal, mas sistemática, assumir a possibilidade de diferentes significações sobre o texto legal significaria acabar com a segurança jurídica enquanto cognoscibilidade, já que toda relação, ainda que potencialmente, estaria sujeita a uma demanda judicial.

É nesse ponto que duas considerações ganham importância de primeira ordem. Uma no sentido de que lei, em seu conteúdo, ainda é capaz de regulamentar situações e condutas, de maneira que apenas excepcionalmente há conflitos interpretativos voltados para a sua aplicação – o direito positivo, portanto, ainda expressa certeza. A outra das considerações é no sentido de que em casos excepcionais, de fato, haverá divergência, obscuridade, antinomia, incoerência sistemática ou ambiguidade que imporá ao intérprete um ato de decisão sobre o conteúdo da norma jurídica. É com esse caso de exceção que nos preocupamos.

Se ao Poder Judiciário é atribuído o monopólio da jurisdição, cabendo a ele a solução de controvérsias entre Estado e contribuinte, é razoável que, obrigado a aplicar a norma de natureza tributária, o contribuinte consulte a posição do Poder Judiciário sobre o seu conteúdo.

Isso não quer dizer que o contribuinte deverá, necessariamente, ajuizar uma medida judicial, mas que, considerando a capacidade do Poder Judiciário para dizer o conteúdo do direito, pautar a sua conduta em substratos do que temos chamado, ainda imprecisamente, de *jurisprudência*.

Na mesma linha da importância atribuída ao Poder Judiciário no que se refere à manutenção do Estado democrático de direito, é essencial que se perceba a importância que esse Poder possui para sustentar a segurança jurídica. O novo modelo de Estado, pós-positivista, com grande imbricação de princípios, marcado pelo exponencial aumento da complexidade da legislação em matéria tributária, atribui ao Judiciário papel de protagonista para viabilizar o conhecimento do conteúdo da lei, viés da cognoscibilidade necessária à segurança jurídica.

Pensando a participação do Poder Judiciário na concretização do princípio da segurança jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2009, p. 13) afirma que manifestações jurisdicionais, considerando variáveis de tempo e de aceitação, devem ser “consideradas uma espécie de ‘direito vigente’”, ou seja, passam a compor o sentido da norma jurídica.

Embora pareça uma obviedade afirmar que, diante de uma potencial opção, a decisão interpretativa seja tomada considerando as manifestações do órgão (Judiciário) responsável por decidir sobre eventuais disputas decorrentes de tais opções, o sistema brasileiro ainda não se mostra completamente apto para praticá-la.

Isso se deve ao fato, conforme apresentaremos ao longo deste trabalho, de o Poder Judiciário ainda não ter se investido da prática dessa importante função, o que acarreta grande responsabilidade sobre a forma de sua manifestação em processos individuais. Veja-se que entregar esse papel para o Judiciário significa, necessariamente, a transcendência das suas manifestações em processos individuais, cujas decisões teriam potência para influenciar condutas de todos aqueles que estivessem sujeitos a situações análogas.

É fato, contudo, que o direito pós-positivo não exaure o seu conteúdo com a produção legislativa, mas impõe uma relação íntima e dinâmica entre os Poderes Legislativo e Judiciário, para efeitos de determinação do conteúdo do direito positivo.

Assim, essa relação íntima e dinâmica coloca as manifestações do Poder Judiciário em posição de destaque para que a segurança jurídica seja alcançada no seu viés de conhecimento do teor do direito positivo, com as decorrentes consequências de proteção do passado e de previsibilidade sobre efeitos de fatos.

Conforme ficará claro, nos preocuparemos, ao longo deste trabalho, em apresentar requisitos determinados pela própria Constituição Federal para o funcionamento do Poder Judiciário que viabilizam o cumprimento desse seu papel de formação da norma jurídica, e não mais de mero solucionador de conflitos concretos.

O Estado pós-positivista, portanto, não tem mais somente na atuação legislativa o seu elemento de segurança como pressuposto necessário para a manutenção do Estado democrático de direito, mas, também, na atuação judiciária a ela relacionada (explicitação do conteúdo da lei). Veja-se, ainda, que, conforme apresentaremos adiante, o Poder Judiciário é organizado de forma a dar igual resposta para casos iguais, com uniformização de entendimentos, de modo que elevar a importância da participação da *jurisprudência* como elemento constituinte da norma jurídica é medida direcionada, também, a dispensar tratamento isonômico na aplicação do direito.

1.4.1.3 Igualdade

Temos mantido a ideia de que a manutenção do Estado democrático de direito, dotado de segurança jurídica, tem o efeito de domesticar o poder estatal, tornando possível a relação entre Estado e cidadãos, na medida da atuação conforme o direito vigente, ou seja, sem que arbitrariedades sejam praticadas.

A coibição de arbitrariedades, isto é, a prática de condutas desiguais sem fundamento no direito, representa, por si, o viés do princípio da igualdade no qual pretendemos nos basear, ligado ao próprio conceito do Estado de direito, ou seja, em seu sentido formal.

Não estamos a desprezar o sentido de igualdade material, de distribuição de tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais, o que se aponta ser o verdadeiro conteúdo do princípio da *justiça* (RADBRUCH, 2016, p. 107), a ser produzido pelo legislador, na determinação de regimes jurídicos diferenciados, a partir de critério de discrimen com o qual esse regime guarde correlação lógica, visando à concretização de princípio maior da própria Constituição (MELLO, 1999, p. 37-43)³⁹.

Situamos a nossa preocupação em momento anterior à observação da igualdade material, que deverá conduzir o legislador na sua tarefa típica de produção de atos legislativos. A nossa preocupação se situa no dever de que a mesma lei seja a todos aplicada.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁴⁰, ao garantir que *todos são iguais perante lei*, impõe o dever de aplicação da lei sem que condições pessoais não previstas pela própria lei sejam consideradas. A Constituição Federal, por mais esse dispositivo, portanto, coíbe a prática de arbitrariedades por autoridades, no caso, quando da aplicação da lei.

O que pretendemos dizer com isso é que, por questão de igualdade, o mesmo conteúdo da lei deve ser assegurado a todos os seus destinatários quando da sua aplicação.

Considerando a necessidade de interpretação do texto legal, sobre a qual temos falado, é imperioso que máximo esforço seja feito para a unificação do entendimento sobre

³⁹ No mesmo sentido: Humberto Ávila, 2008, *et al.*

⁴⁰ “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: [...]”

o conteúdo dos atos normativos, viabilizada a sua aplicação uniforme para todos aqueles sujeitos à sua incidência.

Trata-se de questão de igualdade na aplicação do direito, que Canotilho (1995, p. 563) assim define:

A afirmação – “todos os cidadãos são iguais perante a lei” – significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia ANSCHÜTZ: “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais⁴¹.

Canotilho reconhece, portanto, que, em sua acepção básica, o princípio da igualdade impõe ao Estado a mesma aplicação da lei, inclusive perante os tribunais.

A questão é de especial importância para a temática deste trabalho. A amplitude das opções interpretativas permitida na aplicação da lei pode, em muitas das vezes, resultar em diferentes aplicações do mesmo texto legal para sujeitos de direito em iguais condições.

Conforme apresentaremos ao longo deste trabalho, as garantias constitucionais relacionadas ao Poder Judiciário não se exaurem no direito de ação e em suas decorrências, mas no direito de obtenção de tutela igualitária, no que se refere ao sentido da norma jurídica.

Mais uma vez, seguindo a ordem dos argumentos que temos apresentado, estamos diante de questão de segurança jurídica, que nos faz reconhecer a impossibilidade de existência de um Estado de direito em que a aplicação da lei não seja uniforme.

É importante notar que o próprio positivismo jurídico configura uma tentativa de objetivação da ordem jurídica, impondo uniforme aplicação do direito (MARINONI, 2011, p. 41). A natureza comunicacional do direito, contudo, faz da sua interpretação uma condição necessária para a sua aplicação, o que pode conduzir ao tratamento desigual entre sujeitos que estejam em iguais condições, caso não haja uniformidade na norma jurídica construída por diferentes aplicadores. Submetendo a questão ao campo do direito tributário, Roque Carrazza (2007, p. 427-429) comenta:

Não basta isto, porém, para que a segurança jurídica do contribuinte esteja assegurada. É mister, ainda, que a lei que descreve a ação-tipo tributária valha para todos igualmente, isto é, seja aplicada a seus destinatários (quer pelo Judiciário, quer pela Administração Fazendária) de acordo com o princípio da igualdade (art.

⁴¹ Ferreira Filho (1997, p. 27), em mesmo sentido, afirma: “Por outro lado, o princípio da igualdade, que, como se viu, se impõe próprio legislador, *a fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei. Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra hermenêutica de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine.”

5º, I, da CF). Só assim os contribuintes terão segurança jurídica em seus contatos com o fisco.

[...]

Com efeito, a lei deve ser *editada* (pelo *Legislativo*) e *aplicada* (seja pelo *Executivo*, seja – e especialmente – pelo *Judiciário*) de conformidade com a isonomia. De que valeria a lei ser igual para todos se pudesse ser aplicada desigualmente (pelo Judiciário ou pela Administração Pública) em razão de raça, sexo, credo político, credo religioso? Bem precário seria este princípio constitucional se fosse tão fácil costear-lo.

Carrazza é assertivo ao apontar a necessidade, de acordo com o princípio da igualdade, de aplicação uniforme da legislação tributária. Verificada a relevância que o autor dá à aplicação do direito pelo Poder Judiciário, cumpre verificar que ainda pior que casos em que o contribuinte seja tratado de maneira diferente por questões que lhe são pessoais, mas não captadas pela lei, são os casos em que contribuintes são tratados de maneiras diferentes para que preferências pessoais do magistrado, sobre a interpretação do direito, sejam levadas a efeito⁴².

A garantia constitucional de igualdade, antes mesmo da avaliação do cumprimento do seu aspecto material, ligado ao conceito de justiça, demanda a uniformidade do conteúdo do direito, em sua interpretação e aplicação pelo Estado, como medida instrumental para a manutenção do Estado democrático de direito e da segurança jurídica.

⁴² A título de exemplo, é comum que diante de uma situação de tributação indevida milhares de contribuintes ajuízem medidas judiciais individuais com pedido de afastamento da cobrança em ações em que, por regra, são apresentados pedidos de tutela provisória para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Em avaliação do pedido de suspensão da exigibilidade ainda há magistrados que proferem decisões de indeferimento sob o fundamento de inexistência de risco de dano de difícil reparação decorrente do recolhimento tributário indevido, tipo de decisão que coloca contribuintes em idêntica situação jurídica em profunda desigualdade e, pior, por questão que nem sequer envolve divergência sobre o direito material em avaliação. A seguir, ementa de julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em recurso em que essa situação se concretizou: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUXÍLIO-DOENÇA NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. FÉRIAS PROPORCIONAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS GOZADAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. 1. Agravo de instrumento interposto pela Construtora Baptista Leal Ltda. em face de decisão que, em sede de Mandado de Segurança, indeferiu a liminar requestada por entender inexistir o *periculum in mora*, determinando o seguimento das cobranças decorrentes do não recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a seus empregados e prestadores de serviços a título de aviso prévio indenizado, auxílio-doença, auxílio-acidente, adicional de 1/3 de férias, férias proporcionais e férias gozadas. 2. Por possuírem natureza eminentemente indenizatória, não merecem a incidência de contribuições previdenciárias: a) aviso prévio indenizado, b) auxílio-doença nos quinze primeiros dias; c) terço constitucional de férias; d) férias proporcionais. 3. D’outra banda, devem incidir as referidas contribuições sobre as férias gozadas, dada a sua natureza visivelmente remuneratória. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido, para considerar descabida a incidência das contribuições previdenciárias em relação ao aviso prévio indenizado, aos 15 (quinze) primeiros dias do auxílio-doença ou auxílio-acidente, ao adicional de 1/3 de férias e às férias proporcionais indenizáveis.” (TRF5, Agravo de Instrumento 0800808-05.2014.4.05.0000, Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, publ. 29/04/2014.)

Ainda sobre a aplicação isonômica do direito em seu conteúdo, não é injustificada a importância dispensada pelos autores citados à participação do Poder Judiciário na concretização desse dever. É no ambiente do Poder Judiciário que será produzida a interpretação do direito com capacidade de vincular as partes e, por consequência, estabilizar demandas.

É essencial, diante dessa tarefa, que o Poder Judiciário, no máximo de suas possibilidades, produza tutelas em que o direito vigente seja aplicado uniformemente sentido, estabelecendo a unidade da norma jurídica. Conforme será demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, a própria Constituição Federal imputa esse dever ao Poder Judiciário em sua atuação.

Verificaremos que o exercício dessa atuação judiciária dependerá, em larga medida, de que sejam estipulados métodos capazes de promover alguma igualação entre os julgadores em sua atuação, já que o grande número de juízes, com as diferenças pessoais que são naturais a qualquer pessoa, acaba por determinar diferentes interpretações do sentido do direito e, por conseguinte, diferentes aplicações para casos iguais.

Assim, é tarefa crucial para a manutenção da igualdade, enquanto instrumento de sustentação do Estado democrático de direito e segurança jurídica, identificar elementos constitucionais que determinem igual aplicação da lei pelo Estado, especialmente, pelo Poder Judiciário, com o que pretendemos colaborar neste trabalho.

Voltando-nos, agora, para princípios mais especificamente relacionados ao funcionamento do Poder Judiciário, cumpre verificar a necessidade de que, na aplicação contenciosa do direito, a tutela jurisdicional seja a mais célere e efetiva possível.

1.4.1.4 Efetividade da tutela jurisdicional e razoável duração do processo

Temos, desde o início deste trabalho, apresentado considerações sobre o direito positivo e a sua aplicação que, em grande parte, envolvem a participação do Poder Judiciário, que, tradicionalmente, tem a função de “aplicar contenciosamente a lei a casos particulares” (LESSA, 1915, p. 1). Não é inadequado considerar, a partir dessa definição, o dever de aplicação pelo Poder Judiciário do *direito* em casos concretos, com o que alinhamos a

definição à importância da Constituição Federal e ao conjunto de interpretações que se promove sobre todo o direito positivo⁴³.

A aplicação contenciosa do direito, por sua vez, depende da apresentação de pedido pela parte interessada na reparação ou prevenção de uma lesão a direito, de maneira que descabe ao Poder Judiciário a coibição *ex officio* de infrações à ordem jurídica. Ao interessado caberá a apresentação de pedido que deverá, necessariamente, ser avaliado pelo Estado-juiz. É o que determina, como uma das garantias fundamentais, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Seguindo a máxima eficácia que deve nortear a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, é de se prever que a garantia do direito de ação não se exaure apenas com a possibilidade de apresentação de pedido ao Poder Judiciário, mas da prestação de uma eficiente apreciação do pedido para, sendo o caso, prover uma tutela dotada de efetividade.

Queremos dizer, com isso, que a jurisdição deve estar à disposição do cidadão para que efetivamente promova a reparação ou a prevenção de lesão de direito do autor do pedido. Cintra, Grivoner e Dinamarco (2003, p. 35) apontam para a necessidade de uma tutela efetiva:

Efetividade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis às medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

A prestação efetiva, portanto, é aquela que tem o resultado de reparar ou prevenir com alto grau de sucesso e previsão a lesão de direito que se busca coibir em uma medida judicial. Garantir a efetividade da tutela jurisdicional deve significar a máxima aptidão da decisão judicial para extrapolar o ambiente do processo para gerar efeitos no mundo real, ou seja, gozar de plena eficácia.

⁴³ Essa é a função típica do Poder Judiciário, aplicar contenciosamente o direito a casos concretos (julgar), o que não significa que esse poder não pratique, como exceção, outras funções que não lhe são típicas. Veja as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 34): “Eis, pois, que de acordo com tais formulações, tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de modo normal e típico aquele que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares como ocorre no processo de *impeachment*), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. À vista disto, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de porvir do corpo Legislativo, Executivo ou Judiciário, fato que compromete irremissivelmente o critério orgânico.”

Trata-se de ponto que deve ser fixado com clareza. Para Abbagnano (2007, p. 306), o significado efetivo é:

O mesmo que real (v. REALIDADE). Em italiano e francês, esse termo ressalta o caráter que a realidade possui diante do que só é imaginado ou desejado; em inglês e alemão, ressalta o caráter que a realidade possui diante do que é somente possível.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário não encerra, portanto, apenas a formal possibilidade de que um pedido seja analisado pelo Estado-juiz, mas que a decisão judicial seja, de fato, cumprida, gerando todos os efeitos necessários para a reparação ou coibição de ilegalidades.

É nesse contexto que a garantia de efetividade – a capacidade de, na realidade, a tutela jurisdicional reparar ou evitar ilegalidades – depende de que a prestação jurisdicional seja promovida em um tempo adequado, evitando que a morosidade nessa prestação seja capaz de esvaziar a capacidade de os efeitos da tutela atenderem ao pedido dirigido ao Poder Judiciário.

Vale destacar que, como formas de minimizar o efeito do tempo sobre a reparação de ilegalidades, é permitido à parte pedir e ao Judiciário deferir medidas cautelares ou medidas antecipatórias, a qualquer momento no processo, para que não se torne ineficaz a prestação jurisdicional.

Nelson Nery Jr. (2009, p. 172) trata a questão sob o título de *adequação* da tutela jurisdicional, sustentando o dever de o Estado-juiz promover a melhor prestação necessária para a reparação da lesão ou ameaça de lesão a direito. São palavras do autor:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

O autor, ainda, completa a sua reflexão (NERY JR., 2009, p. 172):

Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.

Viver o Estado democrático de direito seguro significa a submissão de todos, Estado e particulares, ao império do direito positivo (constitucional e infraconstitucional), de maneira que quaisquer atos que desbordem ou tendam a desbordar os limites das

determinações do direito positivo devem ser coibidos ou ter os seus efeitos reparados, com a maior efetividade possível, pelo Poder Judiciário. Trata-se de questão inerente à mínima manutenção da ordem pública.

Nery Jr., levando a máximo efeito o dever de reparação de lesões a direito pelo Poder Judiciário, aponta, com ênfase, que qualquer restrição de natureza legal à prestação jurisdicional deve ser reconhecida pelo próprio Judiciário como inconstitucional por limitar a efetividade da prestação jurisdicional.

Destacamos, neste ponto, a imbricação de todos os princípios tratados neste momento. Além de manter o “governo” do direito positivo, na melhor expressão de sua segurança, a efetividade da tutela jurisdicional é medida de igualação entre sujeitos de direito, pois repara situações em que qualquer deles goze ou sofra com situação que desborde os limites do ordenamento jurídico.

A não efetividade no ajuste de situações antijurídicas tem o efeito último de validar a prática de arbitrariedades e a existência de privilégios, ambos contrários aos mais caros ditames do Estado de direito e do modelo republicano.

Faz-se necessário, neste ponto, agregar ao argumento a determinação constitucional de eficiência⁴⁴ na prática de quaisquer atos pelo Estado, o que tem o efeito de validar a demanda por efetividade na prestação jurisdicional como uma prestação eficiente – que sirva ao seu propósito com o menor custo, no caso de tempo – e precisa – adequada à reparação da lesão de direito apontada.

A efetividade da tutela jurisdicional, diante disso, demanda uma solução adequada para a reparação de lesões a direito e que essa reparação seja promovida no menor lapso temporal possível, de modo a não permitir a consolidação da ilegal situação. Como deixam claro os excertos doutrinários citados, a prestação efetiva não se coaduna com restrições legais e com o fluxo do tempo, de maneira que a mais célere tramitação processual também é um desdobro do direito de ação, constitucionalmente garantido⁴⁵.

⁴⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

⁴⁵ Nelson Nery Jr. (2009, p. 315) afirma: “Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que ‘no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça’, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc.” Em igual sentido, Teori Zavascki (2005, p. 65) diz: “E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se seja

A celeridade na prestação jurisdicional, no caso brasileiro, contudo, não é uma realidade. Pedro Lessa (1915, p. 23), ainda na vigência da Constituição Federal de 1891, apontava para a morosidade característica no processamento de medidas judiciais pelo Poder Judiciário brasileiro⁴⁶. Quase um século após a constatação do autor, a realidade de morosidade se manteve, a ponto de a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, para determinar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ainda depois da Emenda, como apresentaremos no terceiro capítulo deste trabalho, veio o Código de Processo Civil de 2015 com, além de outras, a proposta de promover a celeridade na tramitação de processos.

Em descumprimento da determinação constitucional de celeridade na tramitação de processos, a realidade brasileira ainda aponta para a absoluta morosidade no processamento de medidas judiciais que versem sobre questões de natureza tributária, não sendo incomum a sua duração por décadas⁴⁷.

A pragmática tem mostrado que os esforços legislativos (inclusive de natureza constitucional), com a previsão de novos instrumentos processuais, podem não ser suficientes para a mudança do quadro de morosidade judiciária brasileira, já que há um século as medidas legislativas tomadas são infrutíferas. Talvez, conforme observa Nery Jr. (2009, p. 314), haja a necessidade de uma observação compreensiva e abrangente das verdadeiras causas para a não razoável duração de processos no Brasil.

Seguindo em seu raciocínio, Nery Jr. (2009, p. 319) aponta que a falta de efetividade da tutela jurisdicional e a morosidade judiciária estão ligadas, em grande parte, à própria atuação do Estado-Executivo perante o Judiciário. Essa afirmação se constata ao verificarmos, de acordo com o CNJ, que o maior litigante perante o Poder Judiciário, no

também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’. O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.”

⁴⁶ São as palavras do autor: “Fazer do Supremo Tribunal Federal uma terceira instância ordinária é aumentar a já insuportável lentidão com que se decidem as causas federais.”

⁴⁷ Isso é atestado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 45). Na Justiça Federal o tempo médio de processamento de ações desde o pedido inicial até a finalização da execução é de 19 anos e 2 meses, considerando o processamento da ação de conhecimento em primeiro e segundo grau e da execução também em primeiro e segundo grau.

Brasil, é o próprio Estado brasileiro⁴⁸: à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conjuntamente, correspondem, aproximadamente, 51% dos processos em trâmite perante todo o Judiciário brasileiro⁴⁹.

Diversas podem ser as causas apontadas para essa altíssima litigiosidade do Estado-Executivo brasileiro, sendo que neste trabalho enfrentaremos duas delas. A primeira, especificamente ligada ao art. 170-A do CTN, se refere ao verdadeiro incentivo à manutenção de processos⁵⁰ perante o Poder Judiciário que o dispositivo promove ao condicionar a eficácia da decisão judicial – ou seja, retirar-lhe totalmente a efetividade – ao trânsito em julgado da ação. A segunda está ligada ao próprio funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, que não leva a efeito as normas constitucionais que promovem a sua organização, produzindo uma atuação não sistemática e difusa.

Veja-se que quanto maior for o grau de isonomia do Poder Judiciário na aplicação do direito positivo, ou seja, atribuição de mesmo sentido da lei, menor será a quantidade de casos em que os grandes litigantes brasileiros (no caso, especificamente, o Estado-tributante) terão interesse na manutenção da tramitação de um grande número sem qualquer chance de êxito. O mesmo vale para o contribuinte litigante que, a partir da certeza sobre o conteúdo da lei (solução da disputa interpretativa pelo Judiciário), passa a ter menos interesse na manutenção da tramitação de uma medida judicial fadada ao insucesso.

Para que isso seja uma afirmação verdadeira, contudo, faz-se necessário atribuir ao Poder Judiciário a plena capacidade de produzir tutelas jurisdicionais efetivas que, diante de um sentido único da lei, possam ser capazes de reparar integral e rapidamente as ilegalidades contra as quais ajuizadas medidas judiciais.

⁴⁸ De acordo com dados divulgados pelo CNJ no ano de 2011, em lista dos 100 maiores litigantes brasileiros, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf, consultado em 28/05/2016.

⁴⁹ O *ranking* é seguido pelos bancos, com participação em 38% dos processos (aqui incluídos Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, que ocupam, respectivamente, a primeira e terceira colocação no setor, como maiores litigantes) e pelas empresas de telecomunicação, com 6% dos processos que inundam o Poder Judiciário.

⁵⁰ Para questões tributárias, esse incentivo se consubstancia na dificuldade que o contribuinte encontra para promover medidas administrativas para a repetição do indébito, para a obtenção de certidões de regularidade fiscal, para a avaliação da legalidade do lançamento tributário e para a isenta interpretação do direito positivo, exemplos de casos em que o Executivo se furta do dever de aplicação da lei, para transferi-lo para o Poder Judiciário, sem que nenhum prejuízo sofra com isso. Ainda, especificamente no que se refere à compensação tributária, o art. 170-A do CTN permite ao Estado-Executivo que obste o exercício do direito judicialmente reconhecido com a simples apresentação de recursos contra as decisões proferidas, o que, evidentemente, permite às Procuradorias Públicas a estratégia institucional de retardarem, ao máximo, a duração de processos. Se a morosidade judiciária é, de fato, um problema brasileiro, o incentivo legal deve ser pela não judicialização e pela não retardação de processos.

Ilustrando: o inacreditável volume de processos em que o Estado é parte pode ser explicado, ainda que parcialmente, (i) pela incerteza dos posicionamentos judiciais (aplicando a lei com diversos sentidos diferentes), que faz os litigantes terem *sempre* o sentimento de que a decisão, ainda que lhe seja desfavorável, possa ser revertida, e (ii) pela não efetividade da prestação da tutela jurisdicional, que submete o contribuinte à necessidade do trânsito em julgado para que a ilegalidade contra ele praticada seja reparada em todos os seus efeitos.

A falta de efetividade na prestação jurisdicional contra o Estado-tributante permite-lhe o interesse (e a conduta) de manter processos em tramitação pelo maior prazo possível, conseguindo, com isso, atrasar a prestação da tutela que lhe desfavorece.

Caso, contudo, a prestação jurisdicional fosse levada a efeito no máximo de sua efetividade, certamente, grandes litigantes deixariam de ter o elemento *tempo* como barreira de proteção para a prática e manutenção de ilegalidades, de modo que é possível imaginar que uma boa parte das controvérsias seria resolvida sem a necessidade de acionamento da jurisdição.

Logo, a firmeza do posicionamento do Judiciário, além de obrigação para a manutenção da segurança jurídica no Estado democrático de direito e para a concretização da isonomia, é questão de essencial consideração para que a efetividade e a celeridade na prestação jurisdicional sejam realizadas em concreto, e deixem de figurar, apenas, como garantias constitucionais.

Faz-se importante, diante disso, que a constitucionalidade de restrições legais à eficácia das decisões judiciais seja detidamente avaliada, como forma de viabilizar a célere e efetiva prestação jurisdicional. Decorrência disso seria a redução de casos em que o *tempo* figura como protetor do agente da ilegalidade, causando-lhe o desinteresse na manutenção da tramitação de medidas judiciais e, como consequência, reduzindo o número de processos perante o Poder Judiciário para que a razoável duração do processo passe a ser possível.

Parece-nos claro, a partir dessa conclusão, que se o Estado-juiz não assumir o pleno cumprimento do dever constitucional de efetividade da tutela (com a aplicação uniforme da lei e a superação de restrições legais à prestação jurisdicional) e o Poder Executivo não entender o significado disso (redução de número de processos não efetivos), nunca serão possíveis no Brasil a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.

É evidente que controvérsias não deixarão de existir, mas é real a demanda de que o Poder Judiciário com eficiência promova a aplicação uniforme da lei, de maneira a estabelecer com clareza o seu sentido, de modo que este seja observado voluntariamente fora

do ambiente processual, dando-se aplicabilidade voluntária ao direito. Barroso (2006, p. 60) anota que a convivência caminha para a inviabilidade quanto mais forem os dispositivos legais que demandem a aplicação judiciária:

De regra, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia “racional ou intelectual”, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas esta é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo, e quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.

A importância da *jurisprudência* na composição da norma jurídica demonstra a sua influência, também, sobre a efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. Saber com clareza o conteúdo do direito positivo (do que participa a jurisprudência) tem o condão de produzir um maior número de condutas *conformes* sem necessidade de participação do Poder Judiciário, viabilizando o exercício do Estado de direito, da segurança jurídica e do tratamento isonômico.

1.4.1.5 Eficiência da atuação estatal

Considerando a menção, no item anterior, da demanda por eficiência na prestação jurisdicional e, também, a sua condição do princípio constitucional, é adequada a apresentação de alguns comentários, ainda que breves, sobre esse princípio.

Hoje insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da eficiência não constou na redação original do texto constitucional, sendo nele inserido pela Emenda Constitucional n. 19/1998, tendo constado em sua exposição de motivos que:

O revigoração da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.

[...]

[...] Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte:

– incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte: [...].

Sob tais justificativas, foi, então, inserido o dever de eficiência da administração pública, que Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2005, p. 326)⁵¹ apontam já constar implicitamente no texto original da Constituição.

De acordo com o texto constitucional, sendo do povo a titularidade da soberania, a atividade estatal é desempenhada por seus representantes, sejam eles eleitos ou contratados, para a gestão da coisa pública. Evidentemente, aquele que gere coisa que não é de sua propriedade deve certificar-lo de fazê-lo da forma mais diligente, responsável e eficiente possível.

É nesse sentido que o princípio da eficiência na atuação do Estado determina que sejam produzidos os resultados desejados pela ordem jurídica com o menor custo, de dinheiro e de energia, possível. Quanto menos, portanto, o Estado gastar para a realização de uma atividade, mais eficiente será; quanto menor energia (tempo e esforço) dedicar para a realização de uma atividade, mais eficiente também será. Obviamente, que isso se faça sem prejuízo da qualidade da prestação, sendo desejável, inclusive, a melhora da qualidade nessa realização.

A exposição de motivos para a inclusão do princípio constitucional deixa esse seu conteúdo claro: pretende o Estado fazer mais e melhor, empregando menos recursos. Considerando tais elementos, José Afonso da Silva (2007, p. 671-672) define:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômica; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. [...] Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício como menor custo possível, portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação de meios e resultados.

[...]

Isso quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) em condições econômicas de igualdade dos consumidores⁵².

⁵¹ Em igual sentido: DI PIETRO, 2007, p. 75.

⁵² Araujo e Nunes Jr. (2005, p. 327) apontam que o princípio da eficiência corresponde ao princípio da economicidade da administração, insculpido no art. 70, *caput*, da CF.

É dever constitucional do Estado, em todos os seus Poderes, a prestação do serviço com o máximo de eficiência, o que deve significar a obtenção de máximos resultados (quantitativos e qualitativos) com o menor custo possível.

Estando expressamente atingido pelo *caput* do art. 37 da Constituição, o Poder Judiciário também deve promover medidas tendentes à maior eficiência da prestação do serviço que lhe é próprio, aplicando todas as medidas possíveis que possam resultar na prestação jurisdicional mais adequada e rápida a um menor custo, tanto para o cidadão que tem gastos diretos com o ajuizamento de ações e os seus correspondentes recursos, quanto para o próprio sistema judiciário, que mantém pesada máquina em funcionamento para garantir o julgamento de um fabuloso número de processos⁵³.

Cabendo, então, ao Poder Judiciário a preocupação com a economicidade no exercício da sua atividade, é adequado que medida de racionalização da sua atividade seja implementada com urgência, considerando o exercício diário da função de julgamento por cada um de seus membros.

Certamente, conforme já mencionamos, o sucesso de qualquer empreitada nesse sentido dependerá da colaboração dos grandes litigantes brasileiros (Estado, bancos e *telecoms*). Sem prejuízo da necessidade dessa participação, a atividade diária do julgador deverá ser exercida informada tanto pelo dever de promover uma prestação *efetiva*, quanto de buscar a *eficiência* da máquina judiciária.

Alinhando a determinação constitucional de *eficiência* aos pressupostos e princípios até aqui apresentados, parece-nos que o exercício racional da função de julgamento configura importante insumo para que esse objetivo seja alcançado e isso passa pela importância da *jurisprudência* na formação da norma jurídica.

Pensando no contencioso tributário, que é a nossa temática, o posicionamento claro e estável do Poder Judiciário teria o efeito de desestimular a litigação entre Estado e contribuinte, considerando a certeza sobre a norma jurídica vigente. Lembramos que em respeito ao Estado democrático de direito, dotado de segurança jurídica, o direito positivo,

⁵³ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil gasta 1,4% do seu Produto Interno Bruto com o custeio do Poder Judiciário (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85362-despesa-do-judiciario-crescem-as-custos-por-habitante-cai-em-2016>, consultado em 17/05/2018), o que faria do nosso o Judiciário mais caro do planeta em proporção ao PIB, com proporções muito superiores a, por exemplo, Espanha (0,12%), Argentina (0,13%), Estados Unidos (0,14%), Inglaterra (0,14%), Itália (0,19%), Colômbia (0,21%), Chile (0,22%), Portugal (0,28%), Alemanha (0,32%) e Venezuela (0,34%) (<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/15/judiciario-do-brasil-custa-mais-carro-e-tem-menos-juizes-que-a-alemanha/>, consultado em 17/05/2018). Os dados, portanto, são estarrecedores e demonstram que o funcionamento do Poder Judiciário, no Brasil, descumpra o dever constitucional de *eficiência*.

no máximo de suas possibilidades deve ter o mesmo significado e ser aplicado uniformemente para toda a sociedade. Atingir esse objetivo, de aplicação uniforme, certamente passa pela certeza com a qual o Poder Judiciário se manifesta em demandas concretas.

Mas a reflexão pode ser ainda mais concreta e colada na realidade brasileira. Ao julgar uma ação, o magistrado deve buscar o exercício mais eficiente possível da sua atividade, o que significa a obrigação de envidar todos os esforços possíveis para que a medida judicial tramite pelo menor número de instâncias possíveis, submetendo outros julgadores a um menor número de processos e as partes a um menor custo com a manutenção de processos e com recursos.

Uma das mais importantes condutas a serem adotadas, em favor desse objetivo, é a manifestação do juiz em conformidade com o posicionamento dos órgãos de julgamento que tenham competência para julgamento de um eventual recurso. Ao decidir em conformidade com o posicionamento da Corte que lhe é superior, o magistrado desestimula a interposição de recursos, considerando a altíssima previsibilidade do seu não provimento.

Evidentemente, a manutenção de posicionamentos claros e estáveis pelas Cortes, como a segurança jurídica e o Estado de direito demandam, é condição para que o juízo inferior possa promover uma boa leitura do posicionamento do órgão que lhe é superior, para a ele aderir.

Note-se a íntima relação da questão com a eficiência na atividade pública. Parece não haver fundamento jurídico-constitucional para que o juiz submeta as partes de um processo a uma decisão que, sabidamente, será reformada pela Corte com competência para julgamento do recurso. Trata-se da melhor acepção da eficiência: chegar ao mesmo resultado, com menor custo (para as partes e para o próprio Judiciário) e emprego de força humana.

A Constituição Federal, conforme assumimos como um dos pressupostos deste trabalho, deverá ser interpretada de maneira a elevar à máxima eficácia cada uma das suas disposições, de maneira que também a eficiência deva ser considerada no exercício de toda e qualquer função pública, informando a prática diária das atividades daqueles que investidos de função pública, inclusive os membros do Poder Judiciário.

1.4.1.6 Moralidade na atuação estatal

O último dos princípios aos quais daremos destaque se refere à moralidade no exercício da função pública, também insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O exercício da função pública dotado de *moralidade* não deve significar a sua prática de acordo com as normas morais, situadas fora do direito, mas buscado o sentido jurídico de moralidade (SILVA, 2007, p. 668; CAMMAROSANO, 2006, p. 113), de maneira que a *moralidade* veiculada pelo art. 37 da Constituição Federal deva significar a prática de atos pela administração de acordo com a legalidade, mas também em observância aos demais princípios constitucionais (CAMMAROSANO, 2006, p. 102).

Deve significar a retidão da prática de atos pela administração para os seus verdadeiros fins, não admitindo a realização de atos, ainda que dotados de sua legalidade, mas desviados de sua função. Bandeira de Mello vincula esse conceito de *moralidade* à atuação administrativa de acordo com a lealdade e a boa-fé. Nas palavras do autor (MELLO, 2007, p. 114-115):

[...] Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Além da adequação da prática do ato com a finalidade para a qual este se propõe, o autor vai além para vincular à moralidade o dever de a administração exercer a sua atividade com coerência, ou seja, praticando atos dotados pertinentes com aqueles antes praticados, de maneira a criar, no cidadão, o sentimento de credibilidade ao permitir-lhe alguma previsibilidade sobre a atuação administrativa.

É muito importante que, em direito tributário, esse dever é positivado pelo Código Tributário Nacional, ao determinar que:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Configura exercício da moralidade, portanto, a prática de atos coerentes, seguindo mesmos critérios daqueles antes praticados, de modo a garantir a previsibilidade da atuação

estatal. Ao particular/contribuinte deve ser garantida a proteção contra surpresas na aplicação da lei (mais uma vez, no sentido de segurança sobre o seu conteúdo). A moralidade demanda a avaliação pela administração dos argumentos apresentados pelas partes interessadas (CAMMAROSANO, 2006, p. 115), não cabendo à administração fugir de argumentos para a prática de atos sem a adequada motivação; é muito importante que esse dever “enfrentar” argumentos seja levado à máxima potência em casos de alteração de entendimento sobre o conteúdo da lei, de modo que o agente ou órgão público motive o seu ato com a demonstração da pertinência da alteração de entendimento promovida, apresentando a ilegalidade daquela antes praticada. Trata-se de questão de lisura, honestidade.

Ainda sobre a moralidade, Márcio Cammarosano (2006, p. 107) aponta que a sua concretização depende, também, do abandono pelo servidor público de razões de índole pessoal para a prática de atos, de modo a, ao máximo, objetivar a sua conduta na persecução do interesse público. Encontra-se aí, certamente, reflexo do princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*, que Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 66) aponta informar toda a atuação estatal, junto com o princípio da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.

Além disso, também merece menção a acepção de *moralidade* como *fidelidade* do servidor à instituição da qual é membro (CAMMAROSANO, 2006, p. 114). Essa fidelidade deve significar a prática de atos conforme o interesse da *instituição*, em despeito do interesse íntimo do agente, voltando-se para a obtenção da maior *eficiência* administrativa, envolvendo o exercício da função do maior benefício do interesse público.

Essas reflexões podem ser, sem dúvida, transportadas para a atuação do Poder Judiciário no exercício da sua função típica de julgamento, tarefa diária de seus membros. Vejamos.

O ato de julgamento, como aplicação do direito que é, demanda do julgador a execução do processo de interpretação do direito positivo, primeiro momento em que a moralidade na sua atuação deverá se manifestar. Para que a moralidade seja atendida é adequado que o julgador procure limitar a influência que as suas convicções pessoais possam exercer sobre a controvérsia e sobre o conteúdo do direito positivo, de maneira a buscar a mais impessoal aplicação do direito possível.

Essa afirmação admite a possibilidade de alguma objetivação. No processo de interpretação e aplicação do direito, o julgador deverá se identificar como membro, peça, de uma instituição, o Poder Judiciário, de modo que o exercício da sua função esteja voltado,

muito mais, para o eficiente exercício da função jurisdicional, do que, necessariamente, o julgamento de acordo com as suas convicções pessoais. Queremos dizer, com isso, que proferir uma sentença deva significar, mais claramente, uma resposta do Poder Judiciário a uma provocação (pedido), do que o ato isolado de interpretação e aplicação do direito por um julgador.

A moralidade, no ato de julgar, portanto, deve significar a impessoalidade do julgador diante do pedido promovido pela parte, de modo que decisões sejam proferidas em coerência com a atuação do Poder Judiciário como um todo e não em favor da imposição de posições próprias de juízes particulares em casos concretos.

O argumento se alinha à demanda por eficiência. A função exercida pelo magistrado é pública, voltada ao interesse público, e deve, por consequência, preocupar-se com o funcionamento da instituição, e não com a propagação de posições pessoais.

Ao agente público cabe o exercício da sua função voltado para o credenciamento da instituição da qual faz parte perante a sociedade, e não o contrário. Ao julgador cabe a incumbência de permitir ao judiciário a prestação da tutela eficiente e efetiva, finalidade que informa o exercício da sua função. Temos como ideia central neste trabalho que o magistrado não é titular da jurisdição, que é própria da instituição Poder Judiciário, o que deve, por questão de moralidade, fazer com que a sua função seja exercida a título de insumo para o cumprimento da finalidade da instituição.

Ainda como acepção da moralidade, o julgador deverá estar atento à relação da sua instituição com a sociedade, promovendo a estabilidade no exercício de julgamentos, viabilizando alguma previsibilidade sobre a sua atuação. E demanda, para isso, que o julgador seja *honesto* ao enfrentar argumentos deduzidos pelas partes e posicionamentos jurisprudenciais, apresentando adequadas (e lisas) razões para a sua decisão. Não configura conduta condizente com a moralidade, em sua acepção de adequada motivação, que o julgador ignore argumentos e/ou posicionamentos que não lhe sejam atraentes, independentemente da sua importância.

A moralidade demanda a submissão do julgador *indivíduo* ao julgador *instituição*, fazendo com que a finalidade da jurisdição seja, de fato, atingida já no primeiro momento de julgamento, dispensando as partes interessadas de percorrerem todo o aparato judiciário até que o trânsito em julgado seja obtido com a inexistência de novos recursos possíveis.

Fique claro, sobre essas colocações, que não estamos manifestando uma opinião direcionada somente a juízes de primeiro grau, mas a todo e qualquer julgador que faça parte de órgãos vinculados ao Poder Judiciário. É a sobrevalorização da posição pessoal, em

detrimento da posição da instituição, que faz com que litigantes, no Brasil, tenham sempre o sentimento que, *no seu processo*, a decisão do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal poderá ser diferente, afinal de contas, depois de mais de uma década de tramitação, é possível que com mudança de julgadores posicionamentos sejam alterados sem qualquer compromisso com as manifestações prévias da instituição Poder Judiciário.

Assumir que, também com base na moralidade, o exercício da jurisdição é ato do Poder Judiciário, e não do magistrado indivíduo, tem o condão de deslocar a racionalidade dos fundamentos para a decisão para o próprio sistema, e não para o convencimento pessoal do juiz⁵⁴, de maneira a objetivar a atuação judiciária perante a sociedade.

Internamente ao Poder Judiciário, a despersonalização da atuação do julgador (como demanda a moralidade), alinhando-se a todos os princípios até agora apresentados, deverá representar uma maior certeza sobre o conteúdo do direito, já que posicionamentos pessoais serão submetidos a posicionamentos institucionais, atribuindo segurança de conteúdo do direito positivo, tornando efetiva a tutela jurisdicional – considerando a sua certeza – e desestimulando o ajuizamento de ações ou interposição de recursos, atribuindo eficiência à atuação jurisdicional, fazendo valer a melhor acepção de Estado democrático de direito.

Essa interpretação, certamente, é ponto de partida (e não de chegada) para a busca de maior segurança jurídica em questões não só de direito tributário. Sem dúvida, há muitas

⁵⁴ Certamente, instigado por algumas passagens deste texto, o leitor deve ter se perguntado sobre a influência do princípio do livre convencimento do magistrado sobre o nosso argumento. Gostaríamos de esclarecer que não negamos a existência, tampouco a importância, desse princípio, no exercício da jurisdição. Este trabalho tem a preocupação, contudo, de verificar elementos capazes de racionalizar a prestação judiciária no Brasil, especialmente para questões de direito tributário, voltando-se à entrega de prestações isonômicas entre contribuintes, mais efetivas e mais eficientes. É importante reafirmar, ainda, que o contencioso tributário é marcado pela indefinição de conceitos jurídicos, decorrentes da interpretação dos textos constitucionais e legais, além da relação entre eles, de maneira que, marcadamente, as controvérsias nesse *ramo* do direito ligam-se, caracteristicamente, a questões de direito, e não de avaliação de fatos concretos. Assumindo, então, essas premissas, buscamos estabelecer critérios para que o direito seja aplicado em maior uniformidade possível, conforme sustentamos ser uma demanda dos princípios precedentemente analisados, objetivo que deverá ser cumprido com êxito somente com uma participação comprometida do Poder Judiciário na concretização dos princípios sobre os quais temos falado, além de outros fundamentos que se seguirão neste trabalho. Fique claro, ainda de acordo com o princípio da moralidade, que o livre convencimento do juiz se configuraria inconstitucional se, a partir desse princípio, fosse possível sustentar o exercício da função pública a partir de motivos íntimos e pessoais, o que não condiz com o Estado democrático de direito e abre todas as portas para a prática das piores arbitrariedades possíveis; segundo as lições de Luís Roberto Barroso (2010, p. 393), o abuso na discricionariedade para decisões é combustível para a falta de segurança e atuação antidemocrática do Poder Judiciário. Ainda sobre o livre convencimento motivado, Becho (2017, p. 505) expressa entendimento no sentido de o princípio autorizar, com amplitude, a apreciação de fatos e provas e não questões de direito. São as suas palavras: “O livre convencimento motivado do juiz, que deveria ser em relação à análise das provas e não uma liberdade de decidir diante dos textos legais, alimenta a valorização do recurso e não a valorização da decisão anterior, gerando um sistema injusto, pois casos iguais recebem decisões diferentes. Essa injustiça foi muito bem apresentada no legítimo incômodo descrito por Luiz Guilherme Marinoni”.

outras interpretações e medidas que deverão ser ajustadas e adotadas para que isso, se possível, um dia se concretize.

Uma dessas interpretações se refere, também no âmbito do texto constitucional, do sentido da organização judiciária promovida pela Constituição de 1988, o que passaremos a analisar a seguir, já imbuídos do conteúdo dos princípios que acabamos de apresentar.

2 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tendo sido apresentados os fundamentos sobre os quais erigiremos o nosso raciocínio, já neste capítulo passaremos ao estudo direto do tema colocado em questão, qual seja, a importância das manifestações judiciais para a formação da norma jurídica, especialmente a de natureza tributária.

Se, no primeiro capítulo, apresentamos considerações genéricas e principiológicas determinadas pela filosofia pós-positivista e pela Constituição Federal de 1988, neste avaliaremos a forma constitucional de organização judiciária para verificar se, dessa organização, é possível extrair elementos mínimos de atuação pelo Poder Judiciário. O nosso campo de estudo, como em todo o trabalho, será a Constituição Federal.

Dito isso, iniciaremos com o estudo da organização judiciária na Constituição Federal de 1988, demonstrando a sua natureza *sistemática* e alguns efeitos disso decorrentes. No ambiente desse sistema judiciário, será avaliada a importância dos seus órgãos de cúpula (no que se refere à avaliação de questões tributárias), o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, para que, ao final, sejam apresentadas conclusões sobre os efeitos que devem ser reconhecidos aos provimentos dessas Cortes perante o próprio Poder Judiciário e, também, perante toda a sociedade, especialmente para o sujeito passivo tributário.

Após, então, breve apresentação, passemos ao tema em concreto.

2.1 A organização *sistemática* do Poder Judiciário

Embora no primeiro capítulo deste trabalho tenhamos apresentado a Constituição Federal brasileira em seu viés garantístico e principiológico, a Carta brasileira também cumpre o papel tradicional de uma Constituição, qual seja, a de organização dos elementos essenciais do Estado (SILVA, 2007, p. 37).

No exercício dessa função, a Constituição Federal de 1988, de forma analítica, promove a clara tripartição dos Poderes, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, especificando as suas competências em um Estado organizado na forma federativa, assim

como determinando um mínimo organizacional para cada um deles. São, evidentemente, previstos pela Constituição outros elementos necessários à existência e organização do Estado, cabendo-nos, contudo, o foco sobre a tripartição dos poderes e a sua organização, já que a nossa atenção estará voltada, especificamente, para a organização e funcionamento do Poder Judiciário.

A organização judiciária é promovida com considerável grau de detalhamento pela Constituição Federal de 1988, que, entre os seus arts. 92 e 135, estabelece disposições gerais sobre o Poder Judiciário, sobre os magistrados e sobre a sua organização entre diferentes órgãos e instâncias de julgamento. Adstritos ao tema deste estudo, o nosso foco estará voltado à jurisdição sobre a qual primordialmente⁵⁵ as questões de natureza tributária estão submetidas, ou seja, as Justiças Federal e Estadual, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A nossa avaliação sobre a organização constitucional do Poder Judiciário estará fundada no conceito e funcionamento de um *sistema*, de maneira que reputamos importante algumas considerações gerais sobre esta que é uma forma de organização não exclusiva do direito. Passemos, diante disso, ao conceito de *sistema*.

2.1.1 Definição de sistema

Um *sistema*, como aponta Niklas Luhmann (2009, p. 101), é uma organização própria que se destaca do meio em que se insere. Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1976, p. 9), por sua vez, iniciando pela origem etimológica da palavra, aponta que:

A palavra sistema, etimologicamente, do grego *systema*, provém de *syn-istemi* e significa o *composto*, o *construído*. Na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes. O uso posterior configurou, porém, uma compreensão mais restrita. Conservando a conotação originária de *conglomerado*, a ele agregou-se o sentido específico de *ordem*, de *organização*. Aliada à ideia de *cosmo*, conceito fundamental da filosofia grega, ela aparece por exemplo entre os estoicos para descrever e esclarecer a ideia de “totalidade bem ordenada”. Os estoicos atribuem-

⁵⁵ Dizemos primordialmente, pois a Justiça do Trabalho é competente para processar a execução (e a defesa do executado, por conseguinte) de contribuições sociais cujo fato gerador tenha sido identificado em reclamações trabalhistas (art. 114, VIII). A Justiça do Trabalho, portanto, possui competência para o julgamento de questões tributárias.

lhe, além disso, uma conotação ainda mais marcante, ao ligá-la ao conceito de *techne*, por eles definida como *sistema* de conceitos, configurando-a como *suma*.

Aliando as lições de Luhmann e de Ferraz Jr., o sistema é uma totalidade bem ordenada, que pode ser destacada, em decorrência dessa ordenação, do ambiente em que se insere.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 10) vincula a um sistema os conceitos de unidade, lógica, concatenação, princípio-base, objetivo, coordenação e estrutura, para, após, concluir que um sistema é caracterizado pela ordenação e unidade (CANARIS, 2002, p. 12). A ordenação, no conceito apresentado, tem origem na estrutura formadora do sistema, enquanto a unidade, na finalidade atribuída ao sistema por seu princípio-base.

Um sistema, portanto, é uma organização destacada do seu meio que deve atender a uma finalidade ou seguir um princípio-base. O funcionamento sistemático é observado, inicialmente, nas ciências biológicas e exatas (LIMA, 2009, p. 24), fazendo supor que se trata de método natural ao funcionamento das coisas, o que sustenta a afirmação de Ferraz Jr. (1976, p. 15) no sentido de que o conceito de sistema para o direito decorre do jusnaturalismo racional.

Aplicar a teoria dos sistemas em campos sociais, portanto, tem a finalidade de determinar destacada organização e funcionamento a um conjunto de elementos, o que, nitidamente, acontece com o direito como um todo, e também com os subsistemas organizados pelo próprio direito, como é o caso da organização constitucional judiciária, conforme se demonstrará.

Um sistema, enquanto totalidade organizada, é regido por regras próprias para o seu desenvolvimento e reprodução, marcando, definitivamente, a sua diferença como o meio em que se insere⁵⁶.

Ainda sobre a sua organização, Luhmann (1985, p. 18) aponta que o sistema jurídico é estruturado por normas reflexivas, ou seja, que dizem respeito a ele mesmo na sua reprodução. Usando do exemplo no ambiente constitucional, o autor aponta que essas normas reflexivas têm conteúdo formal e material, que devem instruir o ordenamento jurídico. São as palavras do autor:

⁵⁶ O desenvolvimento de um sistema pode se dar, exclusivamente, a partir dos elementos já existentes dentro dele mesmo, sem a necessidade de contato e atuação com sistemas a ele externos, sendo estes os sistemas autopoieticos; há sistemas, por sua vez, que dependem do contato com elementos a ele externos para o seu desenvolvimento e reprodução, sendo estes os sistemas alopoieticos.

A normatização do estabelecimento de normas exige um detalhamento do processo de fixação de expectativas normativas ao ponto de estabelecer-se normas que (ou até mesmo apenas) normatizem o estabelecimento de normas só assim atingindo seu objetivo final. Uma estrutura encadeada dessa forma é sensível a interferências, necessitando por isso um certo isolamento do mecanismo. Se, por exemplo, o artigo 1º da Constituição alemã prevê que “a dignidade do homem é inviolável”, tem que ser assegurado que esse preceito seja tratado como norma em todos os processos de decisão jurídica – e não se restrinja, por exemplo, a uma mera profissão de Fé ou a uma constatação hipoteticamente verdadeira, a ser comprovada. (destaque no original)

Avaliando o aspecto formal do funcionamento do sistema, também será por essas regras reflexivas que será regulada a forma de interação com o ambiente em que o circunda, prevendo técnicas para a eventual incorporação de dados que lhe são estrangeiros (LUHMANN, 2009, p. 132)⁵⁷.

Ainda no que se refere ao seu funcionamento, o sistema receberá, na forma em que ele for capaz de captar, informações ou elementos do ambiente que o envolve e deverá trabalhar para devolver a resposta que atenda a sua razão de existir, ou seja, o seu objetivo (*input/output*). Para que isso ocorra, a organização do sistema determinará a forma de tratamento do *input*, o seu processamento e a forma que o *output* será devolvido ao meio (LUHMANN, 1985, p. 19). No direito isso ocorrerá pela produção de normas, ou seja, a partir de normas já existentes, o direito receberá provocações de fatos, que serão por ele captados e inseridos no ordenamento jurídico por meio de novas normas jurídicas, cuja produção deverá seguir requisitos formais predeterminados pelo próprio direito (sistema fechado).

O fato de um sistema ser fechado não significa que ele não sofrerá influências de outros sistemas e/ou de elementos a ele externos. Isso ocorrerá, contudo, de acordo com as regras que o próprio sistema determina para que informações sejam trocadas com o ambiente que o envolve.

Por fim, o sistema deverá cumprir, por si mesmo, uma finalidade, ou seja, funcionar em direção a um objetivo final. Toda essa organização, que destaca um sistema do ambiente em que inserido, só tem sentido de existir se for útil a um fim.

⁵⁷ São os chamados *inputs* e *outputs*. A troca de informações do sistema com o ambiente que o envolve ocorre por meio da troca de informações/elementos, de modo que o sistema recebe uma informação que lhe é externa, a processa, e devolve uma resposta para o ambiente. A partir da resposta do sistema, novas informações podem ser prestadas pelo ambiente, o que poderá resultar em novas respostas do sistema, estabelecendo um ciclo de interação entre o sistema e o ambiente que o envolve.

É importante que se reconheça, contudo, que a informação/elemento exterior somente conseguirá ingressar em um sistema fechado se estiver de acordo com as regras ditadas pelo próprio sistema para que isso aconteça.

A existência e a organização sistemática, a partir das regras reflexivas, ou seja, aquelas que dizem respeito ao próprio sistema, devem servir a um objetivo, já que diferentes tipos de organização se fundamentam em diferentes tipos de finalidades e objetivos. Queremos dizer, com isso, que a avaliação de um sistema deve contemplar a sua forma de funcionamento, de modo a verificar alguma previsibilidade na sua relação com o ambiente que lhe é externo.

Trata-se de questão de suma importância. Um sistema não se caracteriza apenas por estrutura organizacional, mas, também, por uma finalidade. No que se refere ao direito, especificamente, Canaris (2002, p. 30) é categórico ao afirmar que o sistema jurídico não é construído a partir da lógica, mas a partir de valores, o que guarda perfeita consonância com a existência de uma finalidade para o sistema. Ferraz Jr. (1976, p. 20) segue o mesmo caminho para afirmar que o sistema jurídico é construído por meio da dedução de normas a partir de um ou alguns princípios fundamentais. Ainda, Luhmann, conforme consta em citação *retro*, aponta que o sistema atenderá a um objetivo final.

O sistema jurídico, portanto, não é marcado apenas por estruturas lógicas organizacionais, mas também (e principalmente) pela finalidade material à qual deve atender. Note-se que a afirmação guarda consonância com a filosofia pós-positivista, que supera o positivismo jurídico enquanto organização lógica, apenas, para reconhecer a existência de um conteúdo mínimo, uma finalidade, para o direito.

A partir da organização estrutural, da existência de regras reflexivas, da forma de comunicação do sistema com o ambiente, na forma em que previsto pelo próprio sistema (*input/output*), Fernando Lima (2009, p. 29) aponta a necessidade de *unidade operacional* para o sistema, o que consiste na previsibilidade do seu funcionamento, ou seja, das respostas que o sistema deverá gerar para as provocações que lhe são feitas pelo ambiente que lhe é externo. O mesmo autor (LIMA, 2009, p. 73) conclui que o funcionamento sistemático do direito resulta na produção de *expectativas normativas* perante a sociedade.

Dessas considerações gerais sobre o conceito de sistema e da sua transposição para o direito, é essencial que seja fixada a definição segundo a qual um sistema para o direito é uma totalidade organizada, voltada para a execução de uma finalidade, segundo um ou alguns princípios básicos; a sua organização, desenvolvimento e modo de interação com o ambiente externo serão determinados por regras predeterminadas e existentes no próprio sistema.

Identificados os elementos essenciais a um sistema, cumpre-nos verificar a sua aplicação à organização constitucional judiciária. Para isso, inicialmente, cumpre apontar a

natureza jurídica dessa estruturação, ou seja, trata-se de uma construção promovida pelo direito e não natural à sua existência, de maneira que as considerações acima promovidas sobre o *sistema de direito* podem, ao menos inicialmente, ser aplicadas à organização judiciária. Verifiquemos, assim, a possibilidade de aplicação das considerações e conclusões sobre a teoria dos sistemas à organização constitucional judiciária.

2.1.2 A organização constitucional sistemática do Poder Judiciário

Com fundamento nas considerações do item anterior, cumpre reconhecer em um sistema uma organização que se destaca no ambiente em que se insere, voltada para a realização de uma finalidade que lhe seja própria. Essa organização será estruturada por regras voltadas a ditar um funcionamento específico e coordenado para conduzir o sistema à eficiente realização da sua finalidade. Essas mesmas regras de estrutura devem reger o seu desenvolvimento e interação com o ambiente que lhe é externo.

Considerando essa definição de sistema, apresentaremos a seguir a identificação, a partir das regras constitucionais, do Poder Judiciário brasileiro enquanto sistema. Verificaremos no Judiciário uma estrutura que se destaca no ambiente para a execução de uma finalidade que lhe é própria e que, para isso, possui regras que ditam uma forma de funcionamento coordenado, voltado para a eficiente execução da sua finalidade, com atribuições específicas a cada elemento que o constitui.

Para a avaliação da organização constitucional judiciária, faz-se necessário, inicialmente, anotar que a Constituição Federal de 1988 arrola entre os direitos e garantias do cidadão o livre acesso ao Poder Judiciário (direito de petição), com isenção de custas aos financeiramente incapacitados.

Art. 5º [...]

[...]

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

A Constituição Federal de 1988, portanto, garante o amplo direito de socorrer-se do Judiciário sempre que afetado por uma ilegalidade, direito este que é afirmado pela isenção de custas aos financeiramente impossibilitados, o que é regulamentado por lei⁵⁸. Além disso, conforme exposto no item 1.4.1.4, não se trata de garantia meramente formal, mas de verdadeira determinação da prestação efetiva pelo Poder Judiciário.

Trata-se da inafastabilidade da jurisdição, que, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 430), encontra o seu fundamento no princípio da separação dos poderes e carrega consigo as garantias de imparcialidade, do juiz natural e de ampla defesa. No que se refere à acessibilidade ao Poder Judiciário, há debate sobre a existência da garantia do princípio do duplo grau de jurisdição pelo direito brasileiro. Nelson Nery Jr. (2009, p. 283) aponta, com fundamento no texto constitucional, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁹ e na posição do Supremo Tribunal Federal⁶⁰, a inexistência de uma “garantia absoluta” ao duplo grau de jurisdição no processo civil, reconhecendo, contudo, a sua grande importância para o funcionamento judiciário e para a concretização das garantias individuais⁶¹.

É importante anotar, contudo, a amplitude do sistema recursal no processo civil ordinário brasileiro, que garante, ainda que potencialmente, acesso ao Tribunal a praticamente todo litigante. Destarte, ainda que o duplo grau de jurisdição não ostente *status* de garantia fundamental (ao menos no processo civil), deve ser reconhecido o seu papel fundamental na proteção, como instrumento para controle de atos praticados pelo Poder Judiciário. Tamanha a importância que Canotilho (1995, p. 656) assevera que o princípio do duplo grau de jurisdição “aponta para a exigência de uma organização judiciária

⁵⁸ Arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil de 2015.

⁵⁹ “Art. 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

⁶⁰ O duplo grau de jurisdição não é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um princípio existente no ordenamento constitucional brasileiro. O Pleno da Corte chegou a essa conclusão avaliando, inclusive, os efeitos de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil (STF, RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, decisão por maioria, julgado em 29/03/2000, publ. 22-11-2002).

Destacamos, contudo, que vozes doutrinárias reconhecem a importância do duplo grau de jurisdição como decorrência das garantias de ampla defesa e de contraditório insculpidas no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Veja-se CARRAZZA, 2007, p. 436; e CINTRA; GRIONOVER; DINAMARCO, 2003, p. 74.

⁶¹ Canotilho (1995, p. 760) aponta a existência de mesma discussão à luz do texto constitucional português, chegando à conclusão no sentido de que, embora o duplo grau de jurisdição não seja uma garantia constitucional expressa, há forte tendência à ampliação dos meios de controle dos atos jurisdicionais, fazendo com que o duplo grau prevaleça.

possibilitadora de uma proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada dos particulares”. Para Canotilho, portanto, a importância do duplo grau conforma, até mesmo, a organização judiciária.

Garantido o amplo direito de petição perante o Poder Judiciário, o duplo grau representa importante mecanismo de correção/controle de decisões. Isso deixa claro, desde já, que o Poder Judiciário é formado por mais de um órgão, de maneira que, vale esclarecer, o direito de petição é assegurado perante o Poder Judiciário enquanto instituição una, e não de um juiz específico. É a partir dessa afirmação que a natureza sistêmica do Poder Judiciário passa a transparecer.

Para identificar a natureza de sistema do Poder Judiciário, temos que reconhecer, inicialmente, que a sua estrutura, enquanto instituição, representa uma organização que se destaca no seu meio, ou seja, é possível identificar, claramente, os limites de existência e de funcionamento da instituição, assim como a sua finalidade.

Sobre a existência, conforme veremos a seguir, a sua estruturação é em alto grau de detalhe, realizada pela Constituição Federal de 1988. Já o funcionamento está voltado para a sua finalidade, que é aplicação contenciosa do direito vigente para a reparação ou prevenção de ilegalidades, de modo que a sua organização e coordenação interna estará voltada para isso. Melhor dizendo: o funcionamento do Poder Judiciário está voltado para que uma (e apenas uma) resposta seja entregue para a *petição* do cidadão.

É com esse funcionamento que nos preocupamos neste trabalho. Veja-se que a apresentação de uma *petição* (petição inicial) representa uma *irritação (input)*, uma provocação para funcionamento do Poder Judiciário, que passará a se movimentar coordenada e organizadamente, para que uma decisão final (*output*) seja proferida⁶². Todo o processo necessário para essa resposta deverá ser realizado nos exatos termos em que predeterminados pelo próprio sistema. Esse processo direcionado para o cumprimento da finalidade do Poder Judiciário, como se sabe, é o *processo judicial*, marcado, no que interessa a este trabalho, pela possibilidade de recursos, decorrentes não só do princípio do duplo grau, mas também da sua própria organização constitucional. Vejamos.

A jurisdição, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é segmentada entre a Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça dos Estados. À última caberá a competência residual para processamento de ações que não sejam de

⁶² Seguindo a doutrina de Luhmann (1985, p. 19) apresentada no item anterior.

competência de nenhuma das demais; a primeira (Justiça Federal) é competente para o processamento de ações em que a União Federal seja parte; já as Justiças do Trabalho, Militar e Eleitoral são competentes para o processamento de ações sobre as matérias e relações especificadas pela Constituição Federal. Em aspectos gerais, pode-se dizer que, excluindo as competências jurisdicionais das Justiças do Trabalho, Militar e Eleitoral, a competência residual restará repartida entre a Justiça Federal⁶³ e a Justiça Estadual.

A Constituição Federal estabelece, ainda, a criação do Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para delimitar o campo da nossa análise, cumpre-nos lembrar que este trabalho é lavrado com a finalidade de aplicação, especificamente, sobre assuntos de direito tributário, de modo que nos aprofundaremos na avaliação das jurisdições competentes para o julgamento de relações tributárias⁶⁴.

Limitados ao direito tributário, passamos a avaliar as disposições constitucionais relacionadas à Justiça Federal, à Justiça Estadual, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, a iniciar pela menor unidade de funcionamento do sistema judiciário, o magistrado, cuja carreira é regulamentada pelo art. 93⁶⁵ da Constituição Federal. Esclarecermos que, ao longo deste trabalho, nos esforçaremos para demonstrar a importância do adequado cumprimento do papel do magistrado para a consecução do eficiente funcionamento do sistema judiciário, de maneira que apresentaremos algumas breves considerações sobre as determinações constitucionais dessa função.

O exercício do cargo de magistrado depende, por regra⁶⁶, de aprovação em concurso público, exigindo-se do candidato, apenas, a comprovação do exercício de atividade jurídica por, no mínimo, três anos⁶⁷. O sistema brasileiro permite, portanto, que jovens bacharéis

⁶³ Na Constituição Federal: “Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]”

⁶⁴ Fica, desde já, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho para processar (art. 114, VIII) as execuções de contribuições previdenciárias incidentes sobre fatos geradores reconhecidos em suas sentenças.

⁶⁵ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]”

⁶⁶ Ressalvamos as previsões constitucionais de reserva de vagas em Tribunais para membros da advocacia e do Ministério Público.

⁶⁷ “Art. 93. [...] I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-

assumam a função da magistratura, ainda que sem longa experiência jurídica. Ao magistrado é garantida, ainda, a vitaliciedade do cargo.

Aprovado no concurso público e investido da sua função, o magistrado poderá “progredir” na sua carreira de juiz de primeiro grau, por meio de promoções entre entrâncias⁶⁸, nos termos do art. 93, II, da Constituição⁶⁹. A Constituição trata por “promoção”⁷⁰ a investidura do magistrado em cargo em entrância superior, reconhecendo, por certo, a maior complexidade das causas em que atuará, assim como a maior responsabilidade que recairá sobre o exercício da sua função. Em decorrência disso, a Constituição estabelece a demanda por *experiência* (antiguidade) e *competência* (merecimento) para a “promoção”. As mesmas condições são estabelecidas para que o magistrado seja promovido ao exercício da função de desembargador (art. 93, III, da CF).

Havendo, para os Tribunais, como se verá, um número limitado de vagas para um considerável número de juízes de primeiro grau, uma interpretação possível para o texto constitucional é que serão elevados à condição de desembargador os mais competentes entre os mais experientes juízes.

Já a partir do início da estruturação judiciária pelo texto constitucional é possível verificar, portanto, que o Poder Judiciário será estruturado de modo que os seus cargos de

se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)”

⁶⁸ Para CRETELLA JR. (1993, p. 3013): “*Entrância* é a unidade administrativa, na organização judiciária estadual que designa os graus da carreira na primeira instância – ou primeiro grau de jurisdição – e a classificação escalonada das comarcas. *Instância* é o vocábulo que designa *grau de jurisdição* dos órgãos da magistratura. *Entrância* é a importância de comarca”. Por regra, as comarcas são divididas pelo número de habitantes que são atendidos pelo Poder Judiciário entre comarcas de primeira entrância, segunda entrância e de entrância especial. A organização por entrância faz supor o maior grau de complexidade que o magistrado enfrentará para julgamento de casos conforme a sua progressão.

⁶⁹ “[...] II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: *a*) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; *b*) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; *c*) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) *d*) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) *e*) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) [...]”

⁷⁰ De fato, a Lei Complementar n. 35/1979, art. 63, estabelece o aumento dos vencimentos do magistrado com a sua promoção para entrância superior.

maior importância serão abertos aos seus membros de maior experiência e competência. Essa constatação será importante, adiante neste trabalho, como se verá.

Ainda no que se refere a esses requisitos, dentro do próprio Tribunal poderá haver a criação de um *órgão especial* para o julgamento de questões de competência do Tribunal Pleno. Nesse caso a Constituição, no entanto, estabelece apenas o requisito da antiguidade, para metade das vagas; a outra metade deverá ser investida por meio de eleições internas ao Tribunal⁷¹.

Como último dos aspectos gerais inerentes à magistratura a serem analisados, a Constituição Federal estabelece o dever de fundamentação de todas as decisões. Vejamos:

Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) [...]

A fundamentação das decisões consiste em instrumento primordial para o combate de arbitrariedades, permitindo aos seus destinatários a avaliação da sua pertinência com o ordenamento jurídico. É a fundamentação que garante, ao menos inicialmente, que o magistrado julgará conforme o direito, já que a exposição de razões que do direito destoem deveria impor, com clareza, a reforma da decisão proferida.

Ultrapassado o art. 93 da Constituição Federal e nos mantendo adstritos a questões de contencioso tributário, no que se refere, especificamente, à Justiça Federal e à Justiça Estadual, a Carta estabelece que aos Tribunais Regionais Federais caberá o julgamento em grau de recurso das decisões de juízos federais de primeira instância ou de juízes estaduais no exercício de competência federal⁷². Já sobre a Justiça Estadual, a Constituição determina, basicamente, que a sua organização será promovida pelos Estados, com observação de todos os princípios previstos na Carta Federal⁷³.

⁷¹ “Art. 93. [...] XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.) [...]”

⁷² “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: [...] II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. [...]”

⁷³ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. [...]”

A existência dos Tribunais leva a efeito o princípio do duplo grau de jurisdição, de modo que “eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 171).

A organização entre juízos de primeiro grau e Tribunais permite que o Tribunal promova a avaliação da fundamentação e do resultado da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, de modo a reformá-la ou anulá-la. Por regra, a avaliação de segundo grau será feita em um órgão colegiado, ou seja, formado por mais de um desembargador, os quais, se pressupõe, sejam os juízes de maior experiência e competência.

A competência desses Tribunais, em julgamento, é de ampla reavaliação da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau. Mais que isso, ao juízo de primeiro grau não cabe a discordância, em casos concretos, das decisões do Tribunal.

Unem-se, já neste ponto, a garantia constitucional de acesso à jurisdição, que não se limita à petição, mas, também, ao recurso, o dever de fundamentação das decisões e as medidas de experiência e de competência que são requisitos para a “progressão” na carreira do magistrado.

Proferida a decisão pelo Tribunal em grau de recurso, é garantido à parte, atendidos os pressupostos e requisitos para tanto, o recuso direcionado ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Vejamos os elementos básicos sobre tais Cortes.

Primeiramente, muito diferentemente do número de desembargadores que compõem os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (quase 2.000)⁷⁴, a Constituição Federal determina expressamente que o Superior Tribunal de Justiça será formado por 33 julgadores (Ministros) e que o Supremo Tribunal Federal será formado por 11 deles, nos termos dos arts. 104 e 101 da Constituição Federal, respectivamente.

Ocupar o cargo de Ministro, portanto, não depende da “antiguidade” no exercício de uma função, mas do notável saber jurídico, da lisura da reputação e de idade de, no mínimo, 35 anos. A concorrência para ocupar a função em questão, no Superior Tribunal de Justiça, se dá entre membros dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça para 22 das 33 vagas e entre advogados e promotores que deverão ocupar as outras 11 vagas. Já a função de Ministro do Supremo Tribunal Federal será exercida por brasileiro maior de 35 e menor

⁷⁴ Dados disponíveis em BRASIL, 2017, *et al.*

de 65 anos, com notável saber jurídico e reputação ilibada, não havendo, portanto, reserva de vagas.

A nomeação de um nome pelo Presidente da República, *mediante aprovação pela maioria qualificada do Senado Federal*, entre mais de 14.000 juizes (quase 2.000 desembargadores), 13.000 promotores e 1.000.000 de advogados⁷⁵, deve ser, sem dúvida, a maior das provas da competência e experiência do ocupante da função de Ministro de uma das Supremas Cortes.

A importância da função de Ministro (como se verá já nos próximos itens) e o universo de candidatos potenciais levam à inexorável conclusão de que, exercida a tarefa de nomeação de acordo com os princípios da moralidade e da impessoalidade⁷⁶, o ocupante da função de Ministro goza do atributo da *sabedoria*, consubstanciada pelo notável saber jurídico, experiência e lisura de reputação.

Apontadas as rígidas condições para a nomeação de um Ministro e considerando o andamento de um processo ordinário que discuta questão de direito tributário, cumpre verificar que, nos termos do art. 105 da Constituição, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 117), o Superior Tribunal de Justiça “tem a missão de definir o sentido da lei federal e de garantir a sua uniformidade no território nacional”⁷⁷.

As alíneas do art. 105, III, estabelecendo a via do recurso especial, abrem as portas do STJ para os casos em que haja julgamento que tenha contrariado ou negado vigência a lei federal, que tenha validado ato ilegal de governo local perante o texto de lei federal ou para o caso de divergência entre julgados de tribunais, desde que a divergência esteja limitada ao conteúdo de lei federal. Seguindo a definição de Marinoni, muito claramente, as duas primeiras competências estão ligadas a estabelecer o sentido da lei federal, enquanto a terceira, de lhe dar uniformidade de sentido em todo o território nacional.

⁷⁵ Estima-se que o Brasil tenha mais de um milhão de advogados (<https://www.conjur.com.br/2016-novx-18/total-advogados-brasil-chega-milhao-segundo-oab>, consultado em 14/04/2018) e pouco mais de 13.000 membros do Ministério Público (*Ministério Público: um retrato: dados de 2016*, Conselho Nacional do Ministério Público – Brasília: CNMP, 2017, p. 31, v. VI, disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2017_internet.pdf, consultado em 14/04/2018).

⁷⁶ O que são pressupostos para atuação do Presidente da República, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

⁷⁷ Esta não é única competência constitucionalmente atribuída à Corte, que possui ampla competência originária, especialmente para o processamento de ações por crimes de determinadas autoridades e ações de reclamação para a preservação da autoridade dos seus julgados, além de competência análoga à de tribunal recursal para os casos qualificados pela Constituição.

Ainda, considerando apenas o teor do texto constitucional, a competência para julgamento do recurso especial entrega, ainda que potencialmente, a todos os litigantes em medidas judiciais a possibilidade de interposição do recurso direcionado à Corte Superior. Veja-se que a amplitude constitucional atribuída ao recurso especial, que tem como requisitos a apenas o esgotamento da via ordinária de discussão e a infração à lei federal, faz imaginar a dificuldade que 33 Ministros teriam para julgar, em revisão, a produção dos mais de 14.000 juízes brasileiros.

Já a competência do Supremo Tribunal Federal é ditada pelo art. 102 da Constituição Federal, da qual destacaremos a competência para processamento originário da ação direta de inconstitucionalidade e para julgamento do recurso extraordinário, que são as principais vias para a discussão de assuntos tributários.

Sem prejuízo de considerações mais aprofundadas em item a seguir que lhe será específico, o Supremo Tribunal Federal cumpre a função, no Brasil, de Corte constitucional para efeitos de proteção do texto da Carta Magna. A sua função, seguindo o pressuposto filosófico do pós-positivismo, garante a integridade da Constituição para que eventuais desvios sejam corrigidos, com o objetivo de que todas as normas inseridas no ordenamento jurídico estejam de acordo com o seu texto.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal a competência para reavaliar, por via de recurso, decisões judiciais que contrariem o texto constitucional e avaliar atos normativos que o façam, por via de ação direta.

A concretização da tarefa de controle da constitucionalidade, portanto, pode assumir dois caminhos possíveis, o de controle concentrado e abstrato, o que expressa a competência para o julgamento de ação direta de constitucionalidade⁷⁸, ou de controle difuso e concreto da constitucionalidade, o que expressa a competência para o julgamento do recurso extraordinário⁷⁹.

Veja-se que, pela via do recurso extraordinário, em controle difuso e concreto, o Supremo Tribunal Federal, de acordo com a redação original do art. 102, potencialmente,

⁷⁸ Cujas decisões, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição, tem efeitos *erga omnes*.

⁷⁹ Sobre os tipos de controle possível, é importante destacar que a tradição brasileira esteve concentrada no controle difuso da constitucionalidade, sendo que o controle abstrato foi instituído no sistema brasileiro pela Emenda à Constituição de 1946, n. 16, de 1965, mas pouco usado no período que se sucedeu à sua instituição. O real exercício do controle concentrado da constitucionalidade passou a ser exercido a partir da promulgação da Carta de 1988, com a ampliação do rol de legitimados para a proposição da ação direta de constitucionalidade (MENDES, 2004, p. 23).

podia receber recursos em todas as medidas judiciais que discutam a constitucionalidade, da mesma forma que o STJ, um trabalho desproporcional ao número de julgadores da Corte.

Em decorrência da tradição brasileira de exercício do controle difuso, o Supremo Tribunal Federal viu-se impossibilitado de promover o julgamento do volume de recursos que lhe eram submetidos, já que potencialmente interpostos em todas as medidas judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário, o que causou a reforma de Constituição Federal pela Emenda n. 45/2004, para que fizesse constar o § 3º no art. 102, determinando como requisito para a admissibilidade de um recurso extraordinário a *repercussão geral* da matéria, ou seja, a transcendência da discussão sobre constitucionalidade da norma para além dos limites subjetivos da ação. A mesma Emenda inseriu o art. 103-A na Constituição, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a edição de Súmulas Vinculantes, cujo teor tem o efeito de vincular a atuação da administração pública e do Poder Judiciário⁸⁰.

É de se notar, portanto, a iniciativa constitucional de “filtrar” os processos a serem avaliados pela Suprema Corte, com a nítida finalidade de permitir-lhe condições adequadas no que se refere ao volume de trabalho. Ainda, pela Súmula Vinculante, atinge-se a redução do número de recursos pela vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário às manifestações da Corte.

Promovida a apresentação da organização constitucional do Poder Judiciário, cumpre-nos demonstrar a sua natureza de sistema para, a partir disso, verificar como essa instituição e os seus respectivos órgãos devem ser impactados pelas atribuições que envolvem o funcionamento de um sistema.

Conforme deixamos claro, a Constituição Federal prevê uma *estrutura*, que chama de Poder Judiciário, cuja finalidade é responder a pedidos relacionados à lesão ou risco de lesão a direitos. Essa *estrutura*, naturalmente, se destaca no meio que a envolve, o que fica claro pela criação de órgãos que lhe são específicos, a serem compostos de cidadãos na forma em que determinado pela própria Constituição. Para os cidadãos integrantes dessa estrutura, os magistrados, são previstas regras específicas para a sua “promoção” de carreira em

⁸⁰ “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.”

direção a cargos de maior importância, estando elas vinculadas à sua antiguidade⁸¹ e merecimento⁸².

A “promoção” prevista pela Constituição é a forma para o preenchimento de cargos em diferentes *entrâncias* e *instâncias*, marcas da organização judiciária. A organização em entrâncias aponta que magistrados em início de carreira ocupem posições cujo exercício seja (ao menos presumidamente) menos complexo; a organização em instâncias permite ao cidadão o gozo do princípio do duplo grau de jurisdição, de acordo com o qual a decisão proferida em um processo poderá ser reavaliada por juízes de maior experiência e competência, colegiadamente.

Já por essas primeiras linhas da organização judiciária, é possível perceber que há um órgão competente para receber pleitos sobre infrações de direito e que esse órgão possui um meio próprio de funcionamento para que uma resposta para o seu pedido seja dada. Já em linguagem técnica, para uma petição inicial (*input*), o Poder Judiciário entregará uma decisão definitiva (*output*).

Essa decisão definitiva, por sua vez, será construída a partir da dialética processual entre as partes, basicamente, com o exercício do direito de contraditório e recursos.

Para receber e processar os recursos, por sua vez, é que a estrutura prevê a existência dos Tribunais, órgãos com número consideravelmente menor de juízes, com competência de reforma e de anulação das decisões dos juízes de primeiro grau. Os Tribunais, como dito, são compostos de juízes que atenderam aos requisitos para a sua “promoção”. Após a decisão do Tribunal, ainda será possível o recurso para as Cortes Supremas⁸³ que, mesmo com um número reduzido de julgadores, exercem a competência de revisão e de anulação de decisões proferidas em ações individuais.

Funcionando como uma máquina, portanto, o Poder Judiciário processará a *petição inicial* para, a partir dela, produzir um resultado, que, ao longo desse *processamento*, poderá ser objeto de reavaliações (Tribunal, STJ e STF). A cada reavaliação, um número menor de

⁸¹ Queremos crer, conforme se deixou claro acima, que antiguidade, em si, não é condição para uma “promoção”, já que o antigo não é, necessariamente, bom. A antiguidade, entendemos, deve ser encarada como *experiência*.

⁸² Mesma reflexão sobre a antiguidade vale para o merecimento, que, em si, não significa algo bom, capaz de fundamentar uma promoção. Certamente, o merecimento deve estar ligado à competência do magistrado no exercício da sua função (eficiência, produtividade, bom atendimento etc.).

⁸³ Trataremos o STJ e o STF por Cortes Supremas, neste trabalho, considerando que à Corte Suprema caberá a definição da correta interpretação do direito, com capacidade de influenciar a sua aplicação por todo o sistema judiciário. Seguimos, nesse sentido, as considerações de Marinoni (2017, p. 118) e de Mitidiero (2013, p. 79), que também atribuem ao STJ a condição de uma Corte Suprema.

juízes poderá tomar contato com o processo, mantendo-se a competência para a reforma ou anulação de decisões.

A organização, portanto, é detalhada e atende à finalidade à qual a estrutura se propõe. Segue, ainda, regras predeterminadas para a interação com o meio ambiente externo. É, portanto, um sistema. Mas, mais que isso, seguindo os princípios constitucionais apresentados no Capítulo 1, é um sistema que deve se voltar ao exercício da sua finalidade (decisão final) de acordo com a segurança jurídica, igualdade, efetividade, celeridade, economia e moralidade.

Iluminados pela natureza sistemática do Poder Judiciário, com a sua finalidade e princípios constitucionais, são necessárias algumas breves considerações sobre a sua forma de organização, que atribui a muitos e menos experientes juízes o contato inicial com a *petição inicial* para que, potencialmente, a última decisão do processo seja proferida por um órgão de 11 juízes, escolhidos entre todo o povo brasileiro.

Michele Taruffo (2016a, p. 438) chama de piramidal esse tipo de organização entre instâncias de julgamento e aponta que é a formatação mais usual do Poder Judiciário no mundo. De fato, considerando o número de juízes competentes para a avaliação do caso, o Judiciário brasileiro se organiza como uma pirâmide, com a base ocupada pelos juízes de primeiro grau e o cume ocupado pelos 44 Ministros do STJ e STF, cada qual com as suas competências específicas.

A cada camada dessa pirâmide, por sua vez, revela-se a competência de revisão das decisões (ato típico judiciário) proferida pela instância inferior. Reformada ou anulada a decisão, não cabe à primeira autoridade a manifestação de seu inconformismo ou a desobediência do quanto decidido pela instância superior, nos autos do processo.

Juntando a organização piramidal e a competência para a revisão de atos⁸⁴, deve ser reconhecida a *hierarquia* na organização judiciária. Hierarquia porque, ainda que haja liberdade para a decisão pelo juiz da camada inferior, os seus atos poderão ser revistos e substituídos pelos atos do juízo da camada superior. Há, além disso, como já apontamos,

⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Melo (2007, p. 146) aponta a capacidade de revisão de atos como uma das marcas da organização hierárquica. À luz da organização constitucional do Poder Judiciário, parece inadequado sustentar a existência de uma relação subalterna, de ordenação; contudo, o poder de revisão nos parece marca suficiente para apontar, dentro do exercício dessa tarefa, a existência de hierarquia na organização judiciária.

regras que estabelecem que os julgadores de maior experiência e competência serão promovidos em direção ao vértice da pirâmide⁸⁵.

René David, na obra *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (1998, p. 121), é categórico ao afirmar que “em todos os países a organização judiciária é concebida como uma hierarquia”. Taruffo (2016a, p. 438), por sua vez, deixa a afirmação mais precisa ao reconhecer que a autoridade mais notável⁸⁶ é colocada no mais alto nível, de modo que o seu pronunciamento goze de maior importância e a sua autoridade seja exercida pela competência de revisão⁸⁷.

Assim, estruturação judiciária é feita em graus hierárquicos, qualificados pelo posicionamento de magistrados de acordo com requisitos de competência e de experiência em diferentes instâncias, com competência para a revisão dos atos praticados por instâncias superiores.

Se esta é a organização constitucional do Poder Judiciário, a máxima efetividade na sua concretização deve ser buscada. Máxima efetividade, conforme apontando no Capítulo 1, que deve considerar os outros princípios constitucionais incidentes em seu poder aglutinador, de modo que não só um elemento constitucional seja aplicado em sua máxima potência, mas toda a Constituição. É por essa razão que à interpretação da organização constitucional judiciária devem ser agregados os princípios do Estado de direito, segurança jurídica, igualdade, efetividade, celeridade, economia e moralidade, o que será feito, mais especificamente, no terceiro capítulo deste trabalho.

Ainda que partindo somente da condição de sistema do Poder Judiciário, a busca por sua eficiência deverá imprimir nos juízos inferiores o claro entendimento sobre o sentido da organização hierarquizada, de modo que o exercício da sua função não tivesse o efeito de retardar ou de tumultuar o exercício da finalidade do sistema, qual seja, a prestação de uma *decisão final para a petição inicial*. Caminker (1994, p. 824) aponta que o entendimento da

⁸⁵ Humberto Ávila (2004a, p. 28), avaliando a hierarquia entre normas do sistema de direito positivo, aponta que “a relação de hierarquia é normalmente associada à ideia de prevalência e termina por indicar qual norma ‘vale mais’. A noção de hierarquia envolve uma *relação linear* entre duas normas separadas semanticamente, de tal sorte que uma delas se *sobrepõe* à outra”. A afirmação do autor, entendemos, se encaixa na avaliação de hierarquia judiciária, na medida em que, no ambiente processual, a norma posta por determinado órgão de julgamento deverá prevalecer sobre a norma anteriormente inserida por outro órgão.

⁸⁶ O autor usa o adjetivo “greatest”.

⁸⁷ No mesmo sentido, Caminker (1994, p. 845) aponta que as mais altas cortes devem possuir membros mais *sábios*, o que normalmente é determinado pelo método de seleção de tais membros, que, por essa razão, teriam condições de proferir melhores decisões.

relação entre Cortes pelo magistrado é questão primordial para a organização do Poder Judiciário.

O magistrado tem a condição de “peça⁸⁸ dentro do sistema” (MARINONI, 2011, p. 2016) de modo que a *parte* interessada na prestação jurisdicional não tem interesse em saber qual é o magistrado ou o órgão que decidirá o seu caso, mas tem interesse na manifestação do Poder Judiciário, ou seja, na resposta do sistema. A atuação, portanto, não é da pessoa do juiz, mas do sistema judiciário (MACÊDO, 2016, p. 180).

Considerando, então, que o sistema judiciário é organizado hierarquicamente, com a ocupação das mais altas posições de acordo com o merecimento e antiguidade dos seus membros; considerando o papel do magistrado de peça para o funcionamento do sistema; e, considerando, por fim, o exercício da finalidade do sistema, não há sentido no fato de o magistrado não observar as “diretrizes”, “entendimentos”, “posicionamentos”, manifestados pelos órgãos que lhe são superiores, submetendo o sistema ao retardamento do cumprimento da sua finalidade.

A própria efetividade da organização constitucional hierarquizada do sistema judiciário é o ponto inicial para determinar a relação do magistrado com as manifestações das Cortes que lhe são superiores (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 306), sugerindo que, sendo meramente uma peça, o magistrado deve observar as manifestações dos órgãos que lhe são superiores para promover a sua decisão.

Trata-se de questão de racionalidade no funcionamento do sistema, de maneira que todos os participantes e interessados na tutela jurisdicional possam *prever* a resposta que será dada para um pedido inicial. Novamente: para aquele que pede ao Judiciário (sujeito de direito) não importa a organização interna do sistema, mas a resposta que lhe será dada, de maneira que a coerência nas manifestações das peças que compõem o sistema terá o efeito de fortalecer a instituição perante a própria sociedade (SCHAUER, 2016, p. 81). Certamente, é este o caminho da efetividade da organização constitucional do sistema judiciário.

Conforme apresentamos acima, trata-se de questão de *unidade operacional* do sistema, caminho para a eficiência na concretização da sua finalidade.

⁸⁸ Vale a analogia com uma engrenagem que compõe uma máquina (que também é um sistema). A peça cumpre a sua função atuando no sentido de atingir a finalidade do sistema. O mau funcionamento da engrenagem retira eficiência do sistema como um todo, de modo que a sua substituição, no caso de uma máquina, faz o sistema voltar a funcionar adequadamente.

Há, com a hierarquia na organização judiciária, primeiro elemento determinante para a observação dos precedentes, que, como se verá adiante, é causa determinante para a relação dos juízes de *commom law* com os precedentes de cortes que lhes sejam superiores (SUMMERS, 2016, p. 369).

Estamos convencidos de que os argumentos apresentados até este momento são de índole constitucional e, portanto, de obrigatória observação no sistema brasileiro. Isso é causa para que a tradição de atribuição de pouca importância às manifestações dos Tribunais⁸⁹ seja repensada. Da mesma forma, conforme ficará mais claro com argumentos seguintes, deverá ser repensada a rigidez com que o positivismo jurídico de origem francesa⁹⁰ vincula o juiz somente, e tão somente, à lei.

Estamos cientes, outrossim, da dificuldade que a tradicional doutrina brasileira tem em afirmar a organização hierárquica do Poder Judiciário⁹¹, o que, contudo, parece ter sido bem demonstrado nas páginas anteriores.

A Constituição Federal de 1988, portanto, organiza o Poder Judiciário enquanto um sistema, do que decorrem efeitos jurídicos que devem, na prática, ser concretizados, especialmente no que se refere à observação dos posicionamentos firmados pelas Cortes que sejam superiores ao órgão/magistrado que prolata a decisão. Buscaremos, nesse contexto, afirmar a condição sistemática do Poder Judiciário, avaliando a função desempenhada pelas Cortes Supremas e a sua influência sobre o funcionamento de todo o sistema judiciário.

2.2. O papel das Cortes Supremas

⁸⁹ José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 245), após breve apanhado histórico, aponta a força meramente persuasiva da jurisprudência no Brasil, fazendo prevalecer a liberdade de o juiz manifestar o seu convencimento de acordo com o direito positivo, desvinculado, portanto, dos posicionamentos das Cortes que lhe são superiores.

⁹⁰ Michel Troper e Christophe Grzegorzczak (2016, p. 111-112) apresentam o sistema francês para concluir que a força da teoria da vinculação do juiz somente à lei faz com que, até nos dias atuais, precedentes nem sequer sejam citados em decisões judiciais e que a avaliação de controvérsias a partir de um julgamento anterior ainda seja algo impensável.

⁹¹ São considerações de Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 171): “Mas entre juízos e tribunais não há qualquer hierarquia, no sentido de estes exercerem uma suposta competência de mando sobre aqueles, ditando normas para os julgamentos a serem feitos. O que há é que as decisões dos órgãos inferiores podem ser revistas pelos órgãos superiores, mas cada juiz é livre ao proferir as suas sentenças, ainda que contrarie a jurisprudência dos tribunais”. José Cretella Jr. (1993, p. 3014), ainda, afirma que “a promoção não estabelece grau mais elevado de hierarquia, administrativamente, em relação ao anterior”. De fato, é importante consignar que não estamos nos referindo à hierarquia administrativa, que fundamentaria a possibilidade de um juiz impor ordens de gestão contra outro, mas estamos avaliando a hierarquia enquanto elemento usado pela Constituição para a organização do sistema (e não entre juízes), de extrair os efeitos disso decorrentes.

Seguindo no caminho trilhado no item anterior, no qual reconhecemos que o sistema judiciário é organizado hierarquicamente em uma estrutura piramidal, passaremos a avaliar o papel das Cortes que ocupam o vértice dessa estrutura⁹² e como elas devem contribuir para o eficiente funcionamento do sistema, ou seja, para a eficiente solução de casos concretos.

Conforme apresentado no Capítulo 1, o direito positivo, enquanto transmitido para a sociedade por meio de texto escrito, depende de interpretação. Essa interpretação, por sua vez, por considerar a imbricação e conflitos entre princípios e regras, uns com os outros e entre si, demanda do intérprete uma difícil tarefa de apontar o conteúdo da norma jurídica. O grande número de elementos possíveis para a formação da norma (considerando princípios e regras) resulta na possibilidade de mais de um resultado para o processo interpretativo.

A inexistência do resultado único e certo faz com que as diferentes interpretações do sistema de direito positivo conflitem entre si, sendo muito comum, por exemplo, no direito tributário, a divergência sobre a incidência de um tributo ou sobre a constitucionalidade da regra de direito tributário.

A dúvida sobre o conteúdo da norma jurídica chega ao ponto, como em casos relacionados à incidência tributária, de ser causa de insegurança jurídica, por motivo de falta de previsibilidade da norma, elemento essencial à plenitude do Estado de direito, que demanda a ciência pelo cidadão do ordenamento jurídico a ser cumprido. É importante, portanto, que as divergências sobre o conteúdo do direito sejam sanadas.

Sanar essas divergências, especialmente em questões de direito tributário, significará a entrega da controvérsia para a solução pelo Poder Judiciário, por regra, em ações individuais em que contendem contribuinte e Estado, cada um defendendo a sua interpretação do sistema de direito positivo.

É nesse momento, o da judicialização da disputa interpretativa, que a formação e o cumprimento do direito material encontrarão e passarão a depender do sistema judiciário.

Assim que ajuizada uma nova controvérsia, naturalmente, ela será entregue à avaliação de um dos muitos juízes de primeiro grau⁹³. Também é natural, tendo em vista o

⁹² Considerando a aplicação da nossa teoria em direito tributário, estamos nos referindo ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

⁹³ Conforme apresentamos, o Brasil tem aproximadamente 12.000 magistrados exercendo a sua função em primeira instância.

grande número de juízes, que diferentes decisões sejam proferidas sobre uma mesma controvérsia, ou seja, ainda que já inserida a controvérsia no sistema judiciário, é normal que, ao menos inicialmente, se mantenha a dúvida sobre o sentido da norma jurídica em disputa.

Considerando o exercício do princípio do duplo grau de jurisdição, o sentido da norma, ainda em ampla disputa e indefinição, será submetido à análise do Tribunal ao qual o juiz de primeiro grau prolator da sentença se vincula.

Ao submeter uma controvérsia à análise do Tribunal, a parte interessada dá um passo em direção ao vértice da *pirâmide judiciária*, saindo da larga base, para situar-se no estamento intermediário. O número de magistrados que passa a ter contato com a divergência, e, portanto, a competência para *dizer* a norma jurídica, é bem menor. O universo de possibilidades é restringido, ainda, pelo fato de esse número consideravelmente menor de juízes proferir as suas decisões em órgãos colegiados de julgamento.

Exercido o direito de recurso, a solução da controvérsia, ou seja, a decisão sobre o conteúdo da norma jurídica passa a estar sob a responsabilidade de um número consideravelmente menor de órgãos julgadores (Turmas ou Câmaras de julgamento, compostas de três julgadores, que deverão decidir por maioria de votos).

Ainda sobre a solução da disputa e, por conseguinte, o conteúdo da norma jurídica, é possível que diferentes resultados sejam definidos por diferentes Tribunais, caso em que, exaurida a fase ordinária de processamento de medidas judiciais, controvérsias iguais terão soluções diferentes, ou seja, em casos idênticos, serão aplicadas normas jurídicas diferentes. Em outras palavras, o mesmo direito positivo será diferente para casos iguais, afrontando as garantias constitucionais de segurança jurídica e de igualdade.

É exatamente nesse contexto que as Cortes Supremas estão inseridas, de modo que o seu papel será o de uniformização, de atribuição de unidade (MITIDIERO, 2013, p. 67) ao direito positivo, solucionando divergências entre Cortes ordinárias e apontando no sentido da certeza do conteúdo do direito positivo.

A teoria da interpretação, junto com a ampla aplicabilidade dos princípios, instrumentos de trabalho diário de qualquer magistrado, faz com que a partir de um mesmo texto legal abra-se um mundo de oportunidades de interpretação, o que faz valorizar a função das Cortes Superiores no que se refere à uniformização do direito. José Maria Salgado (2016, p. 263) leciona sobre a relação entre a interpretação do direito e o papel das Cortes Superiores: “Quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz,

maior é relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores”. Em sentido similar, Neil MacCormick (2009, p. 314) aponta que

[...] os juízes precisam pelo menos concordar em grau muito alto quanto ao que realmente vale como norma do direito e sobre quais são as condições *immediatas* de validade da lei; em caso contrário, não haveria absolutamente nenhum sistema jurídico, somente o caos.

A concordância dos juízes referida por MacCormick passa pela função das Cortes Supremas, no que se refere à solução de controvérsias interpretativas. A não atribuição de unidade ao direito, de fato, esfacela a sua capacidade de estabilizar relações, na medida em que a resposta do direito positivo para uma disputa passa a ser desconhecida.

Michele Taruffo (2011, p. 149) aponta para a função *nomofilática* da Corte Suprema, ou seja, a função de uniformizar a aplicação do direito, atribuindo-lhe certeza e unidade.

Embora a evolução tenha atribuído papel mais desenvolvido às Cortes Supremas, a sua origem, para países de tradição de *civil law*, está na Corte de Cassação, instalada na França, como instrumento de controle das decisões proferidas pelos juízes.

Com a Revolução Francesa, a burguesia, classe que ascendeu ao poder, desconfiando da atuação dos juízes, investidos no antigo regime (ZANETI JR., 2017, p. 81), determinou o fortalecimento do direito positivo, reconhecendo à lei a capacidade de resolver qualquer controvérsia (BOBBIO, 2006, p. 77), seja pela completude do ordenamento, seja pela clareza da lei, pretendendo reduzir a zero a capacidade criativa e interpretativa do juiz. Além disso, criou uma Corte de último grau (Corte de Cassação) à qual caberia cassar as decisões que estivessem em desacordo com o direito positivo em nítido controle, portanto, da atuação dos juízes (MITIDIÉRO, 2017, p. 49). Cabia ao juiz, ainda, a possibilidade de consultar o Poder Legislativo sobre o sentido da lei ou em casos de dúvida sobre a capacidade de a legislação resolver a controvérsia em análise (MARINONI, 2017, p. 47).

O sistema revolucionário pretendia, portanto, a máxima separação dos poderes, com a vedação de interpretação pelos juízes. À Corte de Cassação caberia o controle da atuação do magistrado e, com o conjunto disso, a unidade e certeza do direito seriam atingidas. O papel da Corte era o de, meramente, cassar a decisão ilegal e devolver o processo para novo julgamento, sem diretrizes sobre o direito que deveria ser aplicado (MARINONI, 2017, p. 50).

Ocorre que, embora a clareza da lei fosse um dogma capaz, até, de negar ao juiz a interpretação do texto legal, o procedimento de consulta para o Poder Legislativo passou a

ser usado sobremaneira para sanar dúvidas pelos magistrados, o que resultou na ineficiência do instituto (MARINONI, 2017, p. 47).

Naquele momento histórico, portanto, a Corte de Cassação anulava decisões sem apontar as diretrizes para aquela que seria a decisão correta e o procedimento de consulta deixou de ser respondido pelo Poder Legislativo, tendo em vista o volume de solicitações. Quebrando-se o dogma da desnecessidade de interpretação, instalou-se a incerteza sobre o conteúdo que os julgamentos deveriam ter.

Esse contexto de indefinição do direito, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 51), causou a mudança da postura da Corte de Cassação:

Contudo, o Tribunal, na prática, logo passou a proferir decisões dotadas de motivação. Embora sem expressamente decidir o caso ou proferir decisão em substituição à cassada, o Tribunal passou a explicar os motivos pelos quais a decisão judicial não podia ser aceita e, por conseguinte, as razões da interpretação correta.

[...]

A influência da decisão de cassação sobre o juiz de reenvio passou a ser tanto maior quanto melhor fundamentada, vale dizer, quanto melhor ancorada em razões capazes de demonstrar o equívoco da decisão cassada e o sentido que se deveria atribuir à norma a ser aplicada.

Ainda que até os dias atuais o direito francês negue a importância da manifestação da Corte Suprema sob o fundamento da supremacia da lei escrita (TROPER; GRZEGORCZYK, 2016, p. 112), a mudança de postura da Corte de Cassação fez com que a sua função evoluísse de uma Corte meramente de anulação para uma Corte de interpretação e uniformização do direito.

A mudança de postura da Corte de Cassação mostrou, no ápice da afirmação positivista de clareza da lei, que o texto depende de interpretação e que a existência de uma Corte Suprema, que ocupe o vértice da pirâmide organizacional judiciária, deverá exercer a função de uniformização da interpretação do direito, permitindo a sua aplicação unívoca pelos diversos órgãos ordinários judiciários. A função de uniformização, portanto, é decorrência automática da posição de vértice da Corte.

Essa evolução da práxis da Corte de Cassação francesa, e a decorrente identificação da função de Tribunal que ocupe posição de vértice, determina o caminho pelo qual seguiremos na análise da função das Cortes Supremas brasileiras, de modo a verificar as razões constitucionais que determinam a sua existência e como isso deve influenciar a sua atuação típica de julgamento de casos.

Para isso, é importante considerar que o terreno interpretativo do direito pós-positivista é muito mais fértil do que aquele positivista pós-Revolução Francesa, tendo em

vista a constante imbricação entre princípios e entre princípios e regras, o que potencializaria a importância das Cortes Supremas brasileiras, que, à luz da organização judiciária promovida pela Constituição Federal de 1988, têm a missão de atribuição de certeza ao direito, seja pela declaração do sentido de norma jurídica, seja pela uniformização de interpretações divergentes.

Sobre as Cortes Supremas brasileiras, já a primeira análise da estruturação constitucional do Poder Judiciário atestaria a sua função de uniformização do sentido do direito vigente. Não é difícil, para essa conclusão, verificar que duas Cortes, uma com 33 e outra com 11 julgadores, teriam condições de julgar, caso a caso, todas as medidas judiciais que versassem sobre a interpretação da lei federal ou da Constituição em um país de dimensões continentais, formado por mais de 200 milhões de habitantes. A sua função, já decorrente da sua posição no *sistema* judiciário, é a de informar a atuação de todo o restante do Poder Judiciário a partir dos seus julgados em concreto, estabelecendo a uniformidade para a norma legal federal e para a norma constitucional.

Essa, portanto, que é uma tarefa de uniformização (nomofilática), já se destaca do conteúdo dos princípios do *Estado de direito* e da *segurança jurídica* – que demandam a uniformidade, cognoscibilidade e estabilidade do direito positivo vigente – e da *igualdade* – em sua imposição de aplicação de uma mesma norma jurídica para casos análogos.

Destaca-se, então, o sentido para a organização piramidal do Poder Judiciário, com a atribuição específica da Corte de vértice, que deve ser capaz de dar coordenação a todo o funcionamento do sistema, por meio da uniformização de posições. Pensar outra atribuição, que não essa, seria esvaziar a função de tais Cortes, entregando-lhes mesmo papel daquele desempenhado pelos Tribunais, que podem divergir entre si (entre Tribunais).

Veja-se que os próprios Tribunais exercem essa função ao tenderem a uniformizar o conteúdo do direito, mas sempre dentro do seu âmbito de jurisdição. A possibilidade de conflito entre essas jurisdições é que, de fato, dá razão à existência das Cortes de vértice, que devem uniformizar o direito para todo o sistema.

Em igual direção, Michele Taruffo (2016a, p. 437) aponta que a organização judiciária definirá a importância e força da manifestação da Corte:

Portanto, o conteúdo e a força do precedente estão conectados com a estrutura do judiciário, a posição das várias cortes dentro dessa estrutura e as funções

desempenhadas pelas cortes supremas, e também pelas outras cortes, nos vários sistemas jurídicos⁹⁴.

O mesmo autor (TARUFFO, 2016a, p. 447) reconhece, ainda, que quanto menor a corte, maior será a importância que será atribuída à sua manifestação. A potência das manifestações da Corte de vértice está atrelada, justamente, à estrutura e à sua posição no sistema judiciário.

A importância da posição que, no Brasil, o STJ e o STF ocupam impõe-lhes o atributo não de Cortes de controle (cassação e reforma), mas de Cortes de interpretação, voltadas para a uniformização do direito (ZANETI JR., 2017, p. 316). Não são por outras razões que Rigaux (2003, p. 323) observa que “quanto mais se eleva a posição hierárquica judiciária, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa”. É quase legislativa, pois além da tarefa *criativa* que é a interpretação, a manifestação de uma Corte Suprema tem altíssima potência para influenciar a sociedade, tendo em vista a definição do conteúdo da norma, que se supõe, será objeto de aplicação por todo o sistema judiciário.

Dizer que de uma decisão de uma Corte Suprema nasce um provimento *quase legislativo* é uma afirmação forte, mas dotada de pertinência. Além da amplitude dos efeitos da manifestação de uma Corte Suprema, que deve influenciar as decisões de todos os julgadores ocupantes de posição hierárquica inferior, deve ser reconhecido, também, que o texto legal promulgado pela casa legislativa já não é mais o ponto de chegada do direito positivo, mas o ponto de sua largada, uma vez que sobre o trabalho acabado do legislador começará o trabalho do aplicador, que, mediante o processo de interpretação, poderá chegar a resultados válidos diferentes daquele cuja leitura do texto faria supor.

Esse trabalho de aplicação, mediante interpretação, será exercido definitivamente pelo Poder Judiciário, a quem caberá aplicar o *sistema jurídico* a casos concretos, explicitando o conteúdo da norma, sendo que muitas vezes isso acontecerá com a aplicação de princípios ou atribuição de sentidos diferentes daqueles que a primeira leitura do texto legal sugere.

É novamente Rigaux (2003, p. 322) que observa o fenômeno com precisão, ao afirmar que “entre o juiz e o legislador ata-se uma relação dinâmica que não tem mão única”, de modo que as funções sejam complementares e não excludentes, como pretendido pelo

⁹⁴ Tradução livre. No original: “Therefore the content and the force of a precedent are connected with the structure of the judiciary, the place of the various courts within this structure and with the functions performed by supreme courts, and by other courts as well, in the several legal systems.”

positivismo pós-Revolução Francesa. A manifestação judiciária, portanto, tem o efeito de complementar o trabalho do legislador, o que atesta a importância do exercício da função nomofilática da Corte Suprema.

A tão grande importância das Cortes Supremas para o sistema judiciário e, como efeito disso, para o sistema jurídico e para a sociedade, deve também ser vista sob o aspecto da atenção que tais Cortes devem ter para evitar que a sua atuação seja marcada pelo exercício de tão grande poder com marcas de arbitrariedade⁹⁵. As Cortes Supremas também devem estar comprometidas, em sua própria atuação, com a concretização do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade. A imposição de funcionamento *sistemático*, desta forma, não impõe somente deveres de atuação aos órgãos ordinários de julgamento, mas também às Cortes de vértice.

A atuação dessas Cortes de vértice, à luz da sua função típica de uniformização do direito vigente por meio do julgamento de casos concretos, será tão mais adequada quanto maior for a sua capacidade de *universalização* da justificação das suas decisões, em detrimento do *particularismo* na análise do caso específico (TARUFFO, 2016b, p. 256-257). Considerando a importância da sua decisão, a Corte Suprema deve, em julgamentos, ultrapassar a perspectiva de mera solução do caso concreto, para promover juízo sobre a norma controvertida que seja capaz de atingir todos aqueles que estejam em mesma situação (MITIDIERO, 2017, p. 77). De acordo com MacCormick (2009, p. 124), o dever de universalização da justificação se faz ainda mais importante quando o resultado do julgamento da Corte afasta a aplicação de uma regra, de modo que, por questão de igualdade, todos os sujeitos de direito em mesma condição possam buscar a mesma aplicação do direito.

Um argumento próprio das Cortes brasileiras pela universalização na justificação das decisões está no fato de que tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal

⁹⁵ Sobre o *poder* e o seu exercício pelo Estado, são palavras de Bastos e Martins (1988): “Se perguntarmos qual o objetivo fundamental com que se defronta uma Constituição vamos encontrar uma só resposta: a regulação jurídica do poder. Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida a ele, a sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que acabam por conformar o Estado e a sociedade (p. 132).

[...] Na verdade o Estado moderno, democrático, tem aguardado uma obediência sensível ao ordenamento jurídico. A despeito das dificuldades reconhecidamente procedentes de se sancionar o Estado quando ele é o descumpridor das suas próprias leis, nem assim tem deixado o Estado de pautar-se pelas regras jurídicas que cria. Tem sido como que uma necessidade lógica de coerência; ao Estado Moderno não se conferiria legitimidade enquanto estivesse ele voltado exclusivamente a impor normas. O estágio já atingido no processo do avanço *democrático resta-se a impedir que, nada obstante seja o povo o titular da soberania, possa ele sofrer o exercício de um poder feito de maneira arbitrária ou desgarrada da legalidade.*” (p. 136) (destacamos)

Federal, não admitem em recurso especial e extraordinário, respectivamente, a discussão de fatos⁹⁶. Ao não julgar fatos, as Cortes Supremas atestam a sua preocupação com o direito, apenas, cabendo-lhes soluções sobre a norma jurídica.

Ainda no caso brasileiro, o dever de universalização da justificação é decorrência do próprio direito positivo, já que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal estabelece a necessidade de demonstração, como requisito para admissão do recurso especial, da *repercussão geral* da questão constitucional alegada, o que significa a transcendência da discussão para além dos interesses subjetivos da causa, de modo a impor ao Supremo Tribunal Federal que trabalhe somente sobre recursos cuja decisão seja de interesse da sociedade. Sendo esse um requisito, certamente, o julgamento do recurso deverá adotar justificação universal, para que a sociedade seja atingida por aquela decisão.

Portanto, a atuação da Corte Suprema é “quase legislativa”, pois os seus provimentos têm, também, o efeito social de elucidar o conteúdo da norma jurídica. É lógico, natural e esperado que a sociedade entenda essa elucidação como “quase lei”, já que a Corte Suprema ocupa posição de vértice na complexa organização judiciária, de modo que, além de ser a última palavra no assunto, os seus membros são poucos, experientes e qualificados, exercendo a função de uniformização do sentido da norma jurídica.

Veja-se que o ambiente pós-positivista, com a aplicação de princípios (e o seu alto grau de fluidez), entrega aos juízes e Tribunais uma grande liberdade de julgamento, de maneira que o funcionamento coerente do sistema judiciário será viabilizado pela uniformização do sentido da norma jurídica pelas Cortes Supremas. Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 263), atenta a isso, anota que “quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores”. Trata-se de elemento essencial para o funcionamento do Poder Judiciário.

A Corte Suprema, portanto, se descola de uma função primordial de análise de casos para reforma ou anulação de decisões; os casos passam a ser o pretexto para que a Corte avalie e diga a norma jurídica⁹⁷. É natural, com isso, que as suas manifestações gerem efeitos

⁹⁶ Será objeto de mais profundas considerações adiante.

⁹⁷ Cruz e Tucci (2004, p. 266) se posiciona da seguinte maneira: “Embora tenham o mesmo objetivo [recursos extraordinário e especial], qual seja, o de garantir a interpretação e a aplicação uniforme do direito em todo território nacional, distinguem-se, na sua essencialidade dos denominados *recursos ordinários*, que se caracterizam historicamente pelo fato de representarem apenas uma aspiração natural do vencido,

na sociedade, especialmente de orientação sobre o conteúdo do direito (MACÊDO, 2016, p. 101).

Embora decorrente do texto constitucional, há observação de que a função de uniformização das Cortes Supremas nunca foi aplicada com rigor pelo próprio Poder Judiciário brasileiro (MARINONI, 2017, p. 61), o que se explica pela necessidade de o juízo ordinário de julgamento abdicar de seu posicionamento em favor daquele firmado pela Corte Suprema (MACÊDO, 2016, p. 206).

É evidente que deixar de julgar conforme própria convicção para aplicar posicionamento de outro órgão de julgamento não é tarefa fácil, especialmente porque, em parte das vezes, o magistrado deixará de aplicar aquela que considera a solução mais justa para o caso. É, portanto, tarefa delicada, mas que, com fundamento na atuação sistemática judiciária – que impõe a cada órgão o cumprimento de suas funções específicas para o funcionamento coerente e eficiente de todo o sistema – e na proteção dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade, deve ser levada a efeito.

Em tópico específico deste capítulo voltaremos à relação do julgador com as manifestações das Cortes Supremas de forma mais detalhada. Sem prejuízo, faz-se necessário esclarecer que o discurso desta tese é pelo fortalecimento da instituição Poder Judiciário, com a identificação e aplicação das normas constitucionais que determinem o seu mais eficiente funcionamento. Certamente, a consciência do sentido de sistema constitucionalmente organizado conduziria as decisões judiciais a um mais importante patamar de respeitabilidade pela sociedade, com altíssimo efeito pedagógico.

Assim, considerando que a Constituição Federal de 1988 organizou o Poder Judiciário em uma estrutura hierárquica piramidal, colocando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em seu vértice para tratar da uniformização do entendimento sobre a lei federal e sobre a Constituição Federal, respectivamente, não vemos sentido em sustentar que os Tribunais e juízes monocráticos teriam absoluta liberdade para proferirem decisões em desconformidade com os posicionamentos adotados por tais Cortes Supremas, já que a lógica de sistema impõe a coerência no funcionamento.

inconformado com um só julgamento desfavorável, de obter o reexame da causa por outro órgão jurisdicional, superior hierárquico na escala funcional, e do qual possa aguardar pronunciamento hipoteticamente mais justo.

Os *recursos extraordinário e especial* visam precipuamente à assecuração da segurança jurídica, resguardando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais; apenas remota e indiretamente prestam-se à tutela do direito subjetivo do litigante.”

Essa mesma lógica sistemática impõe às Cortes Supremas que levem verdadeiramente a efeito a sua função de uniformização do sentido do direito vigente, promovendo o julgamento de casos a partir de justificações universais e não meramente particulares e mantendo a coerência, estabilidade e clareza dos seus posicionamentos, como forma de viabilizar o conhecimento da norma jurídica vigente e a sua aplicação uniforme pelos órgãos ordinários de julgamento do sistema judiciário.

Essa conclusão nos norteará ao longo do Capítulo 3, para que questões de conteúdo, e não só de organização judiciária, sejam apresentadas como fundamento para a tese que se propõe. Antes disso, no entanto, seguiremos com considerações específicas sobre as normas constitucionais de ditam a forma de atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e como essas Cortes, de fato, as aplicam.

2.2.1. Superior Tribunal de Justiça

Tendo sido apresentadas a função de uniformização exercida pelas Cortes Supremas, é o caso de voltarmos às disposições da Constituição Federal de 1988 para, avaliando a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, verificar a pertinência das conclusões apresentadas no item anterior à atuação de tais Cortes, com os seus reflexos no funcionamento do sistema judiciário brasileiro.

Considerando a competência outorgada pelo art. 105 da Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça, seguindo o mesmo caminho trilhado até este momento, nos limitaremos à avaliação da competência utilizada, por regra, para a avaliação pela Corte de questões de natureza tributária, qual seja, a competência para o recurso especial, outorgada pelo inciso III⁹⁸ do dispositivo, a partir da qual demonstraremos a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte Suprema, e os seus efeitos.

Essa é competência que atribui ao Superior Tribunal de Justiça o dever de *dizer* o direito federal. É a essa Corte que caberá a última palavra sobre a norma jurídica federal.

⁹⁸ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. [...]”

É significativo o fato de a Constituição Federal entregar a uma Corte específica a competência para dizer sobre a lei federal. O fato de a competência para julgar a norma jurídica federal não terminar nos Tribunais atesta a missão de atribuição de única interpretação ao direito positivo federal. Ao Superior Tribunal de Justiça caberá dizer a interpretação da lei federal, com a finalidade de sua uniformização, o que é a única justificativa possível para o fato de a Constituição Federal atribuir a competência para tanto a uma só Corte⁹⁹.

O primeiro fundamento de natureza constitucional no qual estaremos calcados é, portanto, o fato de haver uma única Corte que em último grau decidirá sobre o sentido da lei federal, do que deve decorrer a constatação de que o próprio direito positivo reconhece que o texto legal deve ser interpretado e cria, diante disso, instrumento para que a não uniformidade do produto do processo de interpretação não coloque em cheque princípios como o Estado de direito, segurança jurídica e igualdade. Esse instrumento é a Corte Suprema.

A competência do Superior Tribunal de Justiça, destarte, significa o direito positivo reconhecendo a sua incapacidade de univocidade de sentido, de modo que o sentido único do direito federal deverá decorrer da manifestação do STJ, sempre que instado a se manifestar sobre controvérsia sobre o seu conteúdo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Súmula n. 7, aponta que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”¹⁰⁰, de modo a afirmar a sua competência para julgamento, exclusivo, do direito federal, e não de fatos¹⁰¹. À Corte caberá a manifestação sobre o sentido da lei federal, mediante a avaliação de casos concretos.

Ainda sobre a avaliação de casos pela Corte, como já dito, embora a sua manifestação advenha da avaliação de um caso concreto, a solução do caso deixa de ser o mais importante,

⁹⁹ Seria contrário ao *Estado de direito*, que pressupõe a submissão de todos, inclusive o Estado, à lei (produzida em ambiente democrático), reconhecer na posição do STJ, como último grau para avaliação da interpretação da lei federal, uma Corte de controle arbitrário, a serviço dos detentores do poder. A organização constitucional judiciária e a submissão ao direito legislado impõem o exercício livre da função de julgamento, cujos limites de mínimo e máximo devem ser encontrados na própria lei, e não em favor de pretensões particulares.

¹⁰⁰ Corte Especial, decisão em 28/06/1990, publ. DJ 03/07/1990, p. 06478.

¹⁰¹ Merece anotação o fato de que a aplicação do direito federal, que é a razão para a sua interpretação, dependerá também do enquadramento fático de controvérsias, de modo que, como órgão julgador, o STJ também deverá delimitar as condições de fato que justificam a interpretação da lei que lhe será atribuída, de modo a deixar claro as condições de aplicação do direito federal, escapando do exercício não fundamentado da sua competência. O que não é adequado, de fato, é a pretensão de reavaliação da instrução do processo ou de discussão sobre elementos do fato perante o STJ. A discussão da qualificação jurídica do fato, contudo, será sempre possível.

em favor da delimitação do sentido da norma. Nas palavras de Daniel Mitidiero (2017, p. 78) são Cortes em que “o *caso concreto* é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao *fim interpretação do direito*”.

A razão de existir do STJ, enquanto competência determinada pelo art. 105, III, alinha-se às premissas adotadas no Capítulo 1, especialmente no que se refere à interpretação do direito positivo. Se o texto legal, produto do trabalho do legislador, é apenas o ponto de partida do intérprete e aplicador do direito, é natural que inúmeras interpretações decorram do mesmo suporte físico, sendo possível que várias delas estejam, inclusive, corretas. Assim, somente a unificação do órgão competente para dizer qual das interpretações deve ser a aplicada (o que será um ato de decisão, já que várias podem ser certas) é que permitirá a cognoscibilidade do direito positivo. É o papel que o Superior Tribunal de Justiça cumpre.

Se essa função do STJ pode ser reconhecida a partir da redação das alíneas *a* e *b* do inciso III do art. 105 da CF, a alínea *c* do mesmo dispositivo serve como afirmativa para essa competência. Vejamos.

A alínea *c*, sem requisitar a infração à lei tributária, estabelece a possibilidade do manejo do recurso especial em casos de mera divergência entre Tribunais, expressando, textualmente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para uniformização da aplicação do direito federal.

A abertura para processamento do recurso especial em casos de divergência entre Tribunais é a mais clara e expressa imposição constitucional de coerência no funcionamento sistemático do Poder Judiciário. Responsável por *dizer* o direito pela via da aplicação, é fundamental, conforme tivemos a oportunidade de expor no Capítulo 1, que o direito seja um só para todos os cidadãos, não só em seu aspecto formal, mas também em seu conteúdo.

A fluidez do processo interpretativo que, especialmente no direito tributário, envolve um emaranhado de leis ordinárias e complementares, todas informadas por muitos princípios, garantias e regras de competência constitucionais, resulta, de fato, na possibilidade de mais de uma resposta certa para o conteúdo da norma jurídica (resultado do processo interpretativo). O fato de pelo menos dois Tribunais da federação aplicarem o direito federal de modo diferente é o atestado disso.

A competência do STJ para resolver esse “conflito interpretativo” é o melhor atestado de que a interpretação, de fato, poderá envolver a decisão pelo intérprete por um dos resultados do seu trabalho. Havendo resultados diferentes por diferentes Tribunais, ao Superior Tribunal de Justiça caberá a manifestação sobre a interpretação *vigente* da lei federal.

Dizemos *vigente*, pois não há, no processo de interpretação legal, a resposta exatamente certa. A vigência da interpretação, e não a sua exatidão, é o que justifica a possibilidade de, eventualmente, a posição de qualquer Corte (inclusive o STJ) ser alterada. Não significa, entretanto, a liberdade para constantes alterações.

As nossas considerações sobre sistema, hierarquia, Cortes de vértice e uniformização da interpretação não se compadecem com o exercício descomprometido pelos julgadores membros do Superior Tribunal de Justiça da função constitucional atribuída à Corte.

Isso deve significar a máxima seriedade no exercício dessa função, o que quer dizer a plena ciência de que uma decisão proferida pela Corte deve (e não pode) ter efeitos sobre a vida de todos os sujeitos de direito, aos quais é dada a ciência do conteúdo aplicável da lei federal.

Se ao STJ cabe a tarefa de uniformizar as manifestações do sistema judiciário sobre o conteúdo da lei federal e, sendo esse mesmo Poder Judiciário que resolverá as controvérsias decorrentes da lei federal, é natural que os efeitos do posicionamento desbordem os limites desse Poder, para que sejam admitidos por toda a sociedade. Ao aplicar o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em última instância, o sujeito de direito assume que, se houver alguma discordância da sua conduta, ela será levada ao Poder Judiciário, que, por sua vez, possui posição uniforme sobre a controvérsia, consubstanciada pelo posicionamento da Corte. Com base nessa reflexão, é possível, portanto, considerar a existência de efeitos extraprocessuais para as manifestações da Corte, o que o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu em julgamento do REsp 1.596.978/RJ¹⁰².

Naquele caso discutia-se a natureza remuneratória, ou não, do pagamento do abono de permanência para servidor público para que fosse definida a incidência do imposto sobre a renda. Havia divergência de posicionamentos entre as Turmas do próprio Tribunal, conforme apontado pelo Relator em seu voto:

18. Pontuo, por me parecer relevante, que essa situação de confronto entre o que fora afirmado em 2008 pelo ilustre Ministro FRANCISCO FALCÃO e aquela orientação firmada pela 2a. Turma, em 2009, ao acompanhar o voto prolatado pelo ilustre Ministro HUMBERTO MARTINS, perdurou até meados de 2010, quando a controvérsia consistente na natureza jurídica do Abono de Permanência para fins de incidência ou não de Imposto de Renda foi submetida pela 1a. Seção do STJ ao procedimento dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp. 1.192.556/PE, da relatoria do ilustre Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, ocasião em que prevaleceu o ponto de vista defendido pela 2a. Turma, ou seja, de que o Abono de

¹⁰² Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, decisão por maioria, publ. 01/09/2016.

Permanência possui natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário, sujeitando-se à incidência do Imposto de Renda, novamente em oposição ao precedente REsp. 1.021.817/MG, da relatoria do Ministro FRANCISCO FALCÃO.

Houve, naquele Tribunal, julgamento da 1ª Turma, no ano de 2008, para declarar a não incidência do imposto e, em 2009, julgamento da 2ª Turma pela incidência. Em 2010, a questão foi submetida a julgamento da 1ª Seção, que se manifestou, em recurso submetido à sistemática de recurso representativo de controvérsia, pela incidência. Estabelecida a divergência, o Relator, em voto que foi vencedor, reconheceu que o posicionamento do Poder Judiciário até o ano de 2010 indicava a não incidência do tributo, de modo a garantir ao contribuinte o seu não pagamento até aquele momento. Foram as considerações do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator do caso:

21. Aqui acrescento que, por se tratar de novo posicionamento que agrava o encargo tributário do Contribuinte, não se pode aplicá-lo às situações passadas, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica, que, diante de sua importância inarredável, deve ser aqui aplicado no intuito de impedir a retroação de critérios jurídicos supervenientes a fatos geradores passados quando maléfica ao sujeito passivo da obrigação tributária, de modo a preservar as expectativas legítimas do Contribuinte, além de conferir segurança aos processos decisórios.
[...]

23. Sob essa visão, não se pode deixar de considerar a situação fática dos autos, em que, proposta a ação visando a discutir a incidência de determinado tributo, o critério jurídico de interpretação dada pelos Tribunais pátrios ao tema, durante certo período de tempo, levou à criação de uma expectativa justa por parte do Contribuinte de que este se encontrava resguardado da incidência da exação, sendo regular a sua situação fiscal.

24. Neste contexto, a mutação jurisprudencial tributária de que resulta oneração ou agravamento de oneração ao Contribuinte somente pode produzir efeitos a partir da sua própria implantação, não alcançando, portanto, fatos geradores pretéritos, consumados sob a égide da diretriz judicante até então vigorante; essa orientação se apoia na tradicional e sempre atual garantia individual de proibição da retroatividade de atos oficiais (ou estatais) veiculadores de encargos ou ônus: sem esse limite, a atividade estatal tributária ficaria à solta para estabelecer exigências retro-operantes, desestabilizando o planejamento e a segurança das pessoas.

25. Diante dessas colocações, tenho que, considerando a situação excepcional que redundo do presente caso, na qual, desde o ajuizamento da ação, a parte Autora tinha a percepção, amparada pela jurisprudência consolidada à época, de que, diante de sua natureza indenizatória, os valores percebidos a título de Abono de Permanência não se sujeitavam a qualquer tributação, não me parece razoável ou proporcional que possa o Poder Judiciário reverter integralmente essa situação em decorrência da modificação posterior da jurisprudência, trazendo gravíssimo prejuízo à parte Recorrida, que, repita-se, agiu de acordo com a interpretação jurisprudencial anterior, predominante ao tempo em que postulava judicialmente o não recolhimento da exação.

[...]

27. Postas estas premissas, no caso em exame, conclui-se pela incidência do IRPF sobre o Abono de Permanência apenas a partir de 2010, quando se consolidou entendimento nesta Corte pela sistemática do representativo da controvérsia.

O julgado, expressamente, atribuiu efeitos normativos extraprocessuais àquele que entendeu ser o posicionamento jurisprudencial vigente, usando-o para declarar a inexistência de relação jurídica tributária. Esse precedente da 1ª Turma do STJ, permitindo ao contribuinte se opor à cobrança do tributo com fundamento no posicionamento judiciário vigente, atesta, sem dúvida, a possibilidade de haver efeitos extraprocessuais para as decisões judiciais.

É justamente por isso que, ao apresentarmos as nossas considerações sobre o processo interpretativo, fizemos questão de aderir à doutrina que aponta o conhecimento da jurisprudência como elemento essencial para formação da norma jurídica. Para interpretar a lei federal é fundamental conhecer os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça.

Conhecer a competência do STJ à luz da organização judiciária constitucional significa a certeza sobre a sua função de uniformização do direito federal e não a sua função de corte de controle, com competência para reforma e anulação de julgados.

Conforme já dissemos, perante o Superior Tribunal de Justiça, o caso concreto deve ser apenas o meio para que seja avaliado o conflito que se refere à aplicação da lei federal. O objetivo primeiro, realmente, não deve ser a solução do caso, mas a fixação do conteúdo normativo.

Diante disso, devemos reconhecer que a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, órgão eleito pela Constituição Federal de 1988 para uniformizar o sentido e aplicação do direito federal, transcende os limites da causa em que proferida. Isso deve significar o dever da Corte de universalização, estabilidade e coerência das suas decisões, em favor, evidentemente, do Estado de direito, segurança jurídica e da igualdade, permitindo a todos os sujeitos de direito o conhecimento do conteúdo da lei – é impossível assumir o conhecimento da lei sem a certeza sobre o conteúdo – e igual aplicação.

Ao admitirmos que o exercício da função constitucional do Superior Tribunal de Justiça tem o efeito de condicionar o entendimento de toda a sociedade (dentro e fora de processos judiciais) sobre o direito federal e que essa função deve ser exercida de acordo com o Estado de direito, segurança e igualdade, é possível concluir que *universalização* da decisão significa decidir com racionalidade adequada à transcendência dos limites da lei, apontando-se para o sentido da lei federal e fundamentos para tanto, que resolverão todos os problemas análogos; que *estabilidade* significa o compromisso do próprio Tribunal com as suas manifestações, fazendo-se próximo da certeza do direito e distante da arbitrariedade na solução de controvérsias; que *coerência* significa a possibilidade de alguma previsibilidade sobre as decisões ainda não proferidas pela Corte, tendo em vista a imbricação de

fundamentos com causas já decididas, ou seja, ainda que para controvérsias diferentes, deve haver compatibilidade entre as justificações das decisões.

Fique claro que de tais considerações não decorre a impossibilidade de alteração de posicionamentos pela Corte, mas, seguindo Taruffo (2011, p. 147), decorre a impossibilidade de mudanças constantes, arbitrárias e injustificadas. A importância que uma manifestação da Corte assume perante todo o sistema judiciário e, em razão disso, perante toda a sociedade, demanda extremo cuidado para a sua alteração.

O próprio Superior Tribunal de Justiça chegou a avaliar, ainda que restritamente, os efeitos do exercício da sua função constitucional, especialmente, em casos que envolviam a alteração de posicionamento firmado. Algumas manifestações são dignas de menção. Vejamos.

O Recurso Especial (REsp) n. 541.239/DF, julgado pela 1ª Seção¹⁰³, teve por objeto controvérsia envolvendo a legislação federal sobre a possibilidade de aproveitamento, por exportadores, de crédito-prêmio de IPI. Naquela oportunidade se discutia a alteração de posicionamento tradicional da Corte pela legalidade de aproveitamento do referido crédito. Caminhando os votos para a alteração do entendimento, para declarar a ilegalidade do aproveitamento do crédito manifestou-se o Min. João Otávio de Noronha:

Min. João Otávio de Noronha (vencido): Seguindo essa linha de raciocínio, entendo que este Sodalício não deve decidir de forma a provocar instabilidade no mundo das relações com decisões díspares ou decisões que signifiquem modificação de entendimento ao talante de seus ocupantes, olvidando dos efeitos que tais movimentos ocasionam nos negócios jurídicos. Tal procedimento choca-se com a missão constitucional de assegurar a “inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação” das leis federais (in Recurso Extraordinário, Pontes de Miranda, apud José Afonso da Silva, ED. RT/1963. p. 106). [...]

Nessa esteira, não se deve desconsiderar que tal posicionamento jurisprudencial, por certo, orientou jurisdicionados ou foi por eles levado em conta na formalização de seus negócios jurídicos, os quais nele pautaram todo um *modus faciendi* atinente a contabilizações fiscais e respectivas movimentações financeiras. Assim, alterar dito entendimento de inopino, sem que nenhuma circunstância fática ou legal inovativa tenha ocorrido, caracteriza autêntica escavação sob o alicerce da segurança que deve plasmar o direito.

No mesmo julgamento, foi a manifestação do Min. Castro Meira:

Min. Castro Meira (vencido): Se a missão desta Corte é a de garantir a unidade da ordem jurídica, conferindo-lhe estabilidade, permanência, segurança e credibilidade, entendo que se afasta de seu nobre papel quando, em modificação abrupta de sua jurisprudência, gera na ordem social incerteza e insegurança,

¹⁰³ Relator Min. Luiz Fux, decisão por maioria, publ. 05/06/2006.

impondo ao jurisdicionado um prejuízo inesperado diante de interesses, até então, inegavelmente legítimos.

Ainda que a Corte, naquela ocasião, tenha decidido pela alteração do entendimento até então sedimentado, vozes se levantaram para apontar a importância que as manifestações da Corte tinham sobre a segurança do direito positivo e, por conseguinte, sobre as condutas praticadas, no caso, por contribuintes.

Alinhando-se aos argumentos expostos até o presente momento, houve reconhecimento, no voto dos referidos Ministros, da função de uniformização exercida pelo Superior Tribunal de Justiça. Não é o caso de discutirmos quais os efeitos que o exercício da função constitucional deveria impor naquele caso específico, mas é muito significativo que naquele julgamento alguns Ministros tenham se manifestado contextualizando a posição do STJ e a importância das suas manifestações.

Se naquela ocasião o exercício da função da Corte não foi fundamento suficiente para suportar o voto vencedor, diferente foi o caso do julgamento pela Corte Especial do AgRg nos EREsp 228.432/RS¹⁰⁴, com decisão tomada por unanimidade. O objeto daquele recurso era a forma de aplicação de índices de correção em precatórios, sendo que, após entendimento ter sido firmado pela Corte Suprema, houve decisões unânimes em sentido contrário por uma das Turmas, o que resultou em novo recurso para que a Corte Suprema se manifestasse sobre aquela divergência interna.

A ementa do julgamento, pela Corte Especial, é a reprodução do núcleo do voto proferido pelo Relator Min. Humberto Gomes de Barros, nos seguintes termos:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

No voto, além do texto transcrito na ementa do julgado, consta apenas a justificativa do Ministro Relator por ter proferido julgamentos diferentes perante a Turma:

¹⁰⁴ Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão unânime publ. 18/03/2002.

O engano em que incidi é resultado da irracional carga de trabalho a que se encontram submetidos os Ministros integrantes da Primeira Seção. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões.

A extensão do voto e ementa não devem ser confundidos com a importância do julgado, em que, por unanimidade, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça afirmou que aquela Corte tem compromisso com a segurança e coerência do direito, sendo essencial, para isso, que os seus julgadores respeitem as suas próprias e precedentes manifestações. O Ministro Relator vai além para afirmar que a “irracional” carga de trabalho do STJ é resultado da não observação (eficácia) pelo Poder Judiciário das suas manifestações.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu que a não observação pelo Poder Judiciário das suas manifestações esvazia a sua função constitucional, de modo que seria mais útil a extinção da Corte – o que é um exagero, mas ilustra a situação. Esse julgado significa o reconhecimento do desconhecimento ou não aplicação da função constitucional do Superior Tribunal de Justiça, o que submete o sistema judiciário a um péssimo funcionamento (do qual decorre a “irracional” carga de trabalho do próprio STJ).

Ainda que possa parecer, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça é plenamente consciente da sua função e, diariamente, se esforça no seu cumprimento em máxima efetividade, isso não é uma verdade.

Um exemplo significativo disso é o julgamento da incidência da contribuição previdenciária sobre o pagamento das férias gozadas ao empregado. A base de cálculo da contribuição previdenciária é assunto controvertido, amplamente discutido perante o Poder Judiciário, para que sejam delimitados os corretos contornos ditados pelo art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991. Houve, nesse contexto, submissão de análise de recurso especial à 1ª Seção, que decidiu por unanimidade de votos pela não incidência da contribuição¹⁰⁵. Já imediatamente

¹⁰⁵ O voto proferido pelo Ministro Relator é muito bem fundamentado, enfrentando a incidência da contribuição a partir de posicionamentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal sobre questões incidentes ao mérito do recurso, o que conduziu a uma segura conclusão pela não incidência do tributo. A ementa do julgado demonstra em grande parte os fundamentos enfrentados e conclusões obtidas pelo Relator: “RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS USUFRUÍDAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA QUE NÃO PODE SER ALTERADA POR PRECEITO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE CARÁTER RETRIBUTIVO. AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO DO TRABALHADOR. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARECER DO MPF PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE E AS FÉRIAS USUFRUÍDAS. 1. Conforme

após o julgamento, nenhuma das duas Turmas integrantes da Primeira Seção assumiu o entendimento como baliza para a análise de casos¹⁰⁶. O posicionamento da Seção, portanto, foi ignorado pelos seus próprios membros. A não aceitação das Turmas pela decisão proferida pela Seção fez com que, dois anos depois da decisão, em 2015, fossem levados a julgamento embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional perante a Seção, aos quais foram atribuídos efeitos infringentes para reformar a decisão, no sentido de declarar a incidência da contribuição previdenciária sobre o pagamento de férias gozadas. Nesse novo julgamento não foram enfrentados os fundamentos de direito que teriam levado à conclusão pela não incidência, mas, apenas, o fato de que aquele julgado teria rompido com a segurança que as manifestações do STJ pela incidência causavam, de maneira que a reforma do julgado se fazia necessária para que, oportunamente, o mérito do assunto voltasse a julgamento¹⁰⁷. A decisão foi tomada por maioria, ficando vencido apenas o Relator.

iterativa jurisprudência das Cortes Superiores, considera-se ilegítima a incidência de Contribuição Previdenciária sobre verbas indenizatórias ou que não se incorporem à remuneração do Trabalhador. 2. O salário-maternidade é um pagamento realizado no período em que a segurada encontra-se afastada do trabalho para a fruição de licença maternidade, possuindo clara natureza de benefício, a cargo e ônus da Previdência Social (arts. 71 e 72 da Lei 8.213/91), não se enquadrando, portanto, no conceito de remuneração de que trata o art. 22 da Lei 8.212/91. 3. Afirmar a legitimidade da cobrança da Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade seria um estímulo à combatida prática discriminatória, uma vez que a opção pela contratação de um Trabalhador masculino será sobremaneira mais barata do que a de uma Trabalhadora mulher. 4. A questão deve ser vista dentro da singularidade do trabalho feminino e da proteção da maternidade e do recém-nascido; assim, no caso, a relevância do benefício, na verdade, deve reforçar ainda mais a necessidade de sua exclusão da base de cálculo da Contribuição Previdenciária, não havendo razoabilidade para a exceção estabelecida no art. 28, § 9º, a da Lei 8.212/91. 5. O Pretório Excelso, quando do julgamento do AgRg no AI 727.958/MG, de relatoria do eminente Ministro EROS GRAU, DJe 27.02.2009, firmou o entendimento de que o terço constitucional de férias tem natureza indenizatória. O terço constitucional constitui verba acessória à remuneração de férias e também não se questiona que a prestação acessória segue a sorte das respectivas prestações principais. Assim, não se pode entender que seja ilegítima a cobrança de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional, de caráter acessório, e legítima sobre a remuneração de férias, prestação principal, pervertendo a regra áurea acima apontada. 6. O preceito normativo não pode transmutar a natureza jurídica de uma verba. Tanto no salário-maternidade quanto nas férias usufruídas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, não há efetiva prestação de serviço pelo Trabalhador, razão pela qual, não há como entender que o pagamento de tais parcelas possuem caráter retributivo. Consequentemente, também não é devida a Contribuição Previdenciária sobre férias usufruídas. 7. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição futura em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rel. Min. CELSO DE MELLO); destarte, não há de incidir a Contribuição Previdenciária sobre tais verbas. 8. Parecer do MPF pelo parcial provimento do Recurso para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade. 9. Recurso Especial provido para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade e as férias usufruídas.” (REsp 1.322.945/DF, decisão unânime, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, publ. 08/03/2013.)

¹⁰⁶ Por exemplo: AgRg no REsp 1.240.038/PR, decisão unânime, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, julgado em 08/04/2014, publ. 02/05/2014; e AgRg no REsp 1.441.572/RS, decisão unânime, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 16/06/2014, publ. 24/06/2014.

¹⁰⁷ O julgamento restou assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA EMPRESA. QUESTÃO RELATIVA À INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE

Um caso como esse atesta contra o cumprimento da função constitucional pela Corte, esvaziando a sua missão de uniformização da interpretação sobre a lei federal. Muito pelo contrário, aponta para a indecisão e fraqueza das decisões tomadas pela Corte, em seus mais altos graus de julgamento, o que termina por retirar a credibilidade de julgamentos e tornar, por que não, a atuação da Corte inconstitucional.

Tendo sido apresentadas a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a sua importância para o funcionamento do sistema judiciário, cumpre reconhecer que também os 33 Ministros integrantes da Corte se organizam de modo a tornar as manifestações da Corte mais eficientes e coerentes.

Os 33 integrantes da Corte se organizam em seis Turmas de julgamento, cabendo à 1ª e à 2ª Turmas o julgamento de questões de direito tributário. Essas seis turmas de julgamento são organizadas em três Seções de Julgamento, compostas de todos os membros de cada uma das duas Turmas de julgamento integrantes da Seção. Há, ainda, a Corte Especial, formada pelos 15 Ministros mais antigos da Corte e Presidente e o Plenário, composto, naturalmente, de todos os membros da Corte¹⁰⁸.

A organização interna do Superior Tribunal de Justiça é realizada de modo que, analogamente à organização judiciária, estabeleça órgãos para a uniformização de entendimentos, evitando posições diferentes entre as suas Turmas de julgamento.

A competência inicial para julgamento do recurso especial, dessa forma, será da Turma. Havendo divergência entre posicionamentos das Turmas, caberá à Seção a sua solução por via de julgamento de embargos de divergência (art. 13, parágrafo único, I, do

O SALÁRIO-MATERNIDADE QUE FICOU PREJUDICADA, EM RAZÃO DA HOMOLOGAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ACOLHIMENTO, NO PONTO, DOS PRIMEIROS EMBARGOS APRESENTADOS PELA FAZENDA NACIONAL. 2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. DISCUSSÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS FÉRIAS GOZADAS (REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL). ACÓRDÃO EMBARGADO QUE SE CARACTERIZA COMO PRECEDENTE ÚNICO DESTA SEÇÃO, CUJO ENTENDIMENTO ESTÁ EM DESCOMPASSO COM OS INÚMEROS PRECEDENTES DAS TURMAS QUE A COMPÕEM E EM DIVERGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO PREVALENTE ENTRE OS MINISTROS QUE ATUALMENTE A INTEGRAM. SITUAÇÃO QUE IMPÕE A REFORMA DO JULGADO PARA SE PRESERVAR A SEGURANÇA JURÍDICA. CONCLUSÃO. Embargos de declaração de GLOBEX UTILIDADES S/A acolhidos para reconhecer que ficou prejudicada a questão relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, razão pela qual não se justificava, no ponto, o acolhimento dos embargos de declaração de fls. 736/756 (acompanhando o Ministro Relator). Embargos da FAZENDA NACIONAL acolhidos para determinar a incidência de contribuição previdenciária sobre as férias gozadas.” (EDcl nos EDcl no REsp 1.322.945/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, decisão por maioria, publ. 04/08/2015.)

¹⁰⁸ O detalhamento da organização, competência e funcionamento pode ser verificado no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RI/STJ) (Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça/organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 370 p.).

RI/STJ); ainda, caso o membro da Turma entenda que a importância do assunto demanda julgamento direto pela Seção, isso poderá ser feito (art. 13, parágrafo único, II, do RI/STJ). Seguindo a mesma lógica, no caso de divergências entre Seções ou entre Turma e Seção, caberá a sua solução pela Corte Especial (art. 11, XIII, do RI/STJ), a quem também caberá a solução de casos enviados diretamente por Seção ou Turma, considerando a sua importância ou prevenção de divergência (art. 11, XI, do RI/STJ).

O funcionamento interno da Corte, como uma reprodução do Poder Judiciário, é pautado pela organização tendente à uniformização de posicionamentos, mostrando, novamente, a vocação do sistema judiciário para a certeza e segurança em suas respostas. Essa certeza e segurança nos posicionamentos, claramente, é ainda mais importante naquele que é o órgão encarregado de uniformizar a aplicação da lei federal no território nacional.

Esperamos que, com tais considerações, tenhamos esclarecido a função de uniformização da aplicação da lei federal atribuída pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça e sua importância para a aplicação do direito federal por todo o sistema judiciário. A potência do exercício dessa função é capaz, inclusive, de condicionar a adoção de condutas em ambiente extraprocessual por particulares, inclusive contribuintes, por elucidarem o conteúdo da lei federal.

Apresentadas tais considerações, passamos à análoga avaliação do Supremo Tribunal Federal.

2.2.2 Supremo Tribunal Federal

Mantendo o rigor na delimitação do nosso objeto de análise, a influência do funcionamento do sistema judiciário em questões de direito tributário, embora o Supremo Tribunal Federal detenha inúmeras competências, algumas delas originárias e até sem relação com a avaliação da constitucionalidade de atos normativos (p. ex., processamento de ações penais por crimes comuns do Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), nos interessaremos pela sua competência relacionada à avaliação da constitucionalidade de atos normativos, especialmente, as competências ditadas pelo art. 102, I, *a*, e III, para

processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e do recurso extraordinário¹⁰⁹.

As competências para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e do recurso extraordinário são típicas funções de uma Corte Constitucional, mas em modelos absolutamente diferentes de controle de constitucionalidade de normas.

Tradicionalmente, dois modelos de controle de constitucionalidade são usados nos mais diferentes sistemas jurídicos: o controle concentrado, típico dos sistemas continentais europeus, e o sistema difuso, típico dos Estados Unidos. Louis Favoreu (2004, p. 17-18) explica:

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as razões levadas perante o mesmo juiz. O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva do Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada¹¹⁰.

O excerto é preciso em demonstrar a diametral diferença entre os dois sistemas, que são utilizados conjuntamente no Brasil. No primeiro deles, o norte-americano, o controle da constitucionalidade é difuso, desconcentrado, passível de exercício por qualquer juiz, em

¹⁰⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...]”

¹¹⁰ Luís Roberto Barroso (2004, p. 45-46) afirma: “Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803. [...] No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929.” Alexandre de Moraes (2016, p. 744) adiciona aos modelos norte-americano e austríaco, o modelo francês, que prevê a existência de um Conselho Constitucional, que poderá ser instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da norma ainda em processo legislativo de elaboração.

qualquer causa, como questão incidental ao julgamento de uma controvérsia em caso concreto. Já no europeu, o julgamento da constitucionalidade da lei não é permitido ao juiz, mas somente a uma Corte especialmente constituída para esse fim, de maneira que, caso submetido à necessidade de avaliação de constitucionalidade, o juiz deverá remeter essa avaliação à Corte Constitucional, que proferirá decisões em abstrato. No primeiro modelo, portanto, as decisões são tomadas perante um caso concreto e não atingem diretamente, portanto, o sistema jurídico como um todo; no segundo modelo, as decisões são abstratas e significam a expurga da norma inconstitucional do ordenamento jurídico (tendo em vista o seu efeito *erga omnes*¹¹¹).

Evidentemente, diferentes razões históricas, culturais e pragmáticas levaram a cada um desses modelos, cuja aplicação, também, tem diferentes efeitos sobre o funcionamento do sistema judiciário e da relação da sociedade com o Poder Judiciário¹¹². Em outras palavras, em cada um dos sistemas, Poder Judiciário e sociedade deverão lidar de maneira diferente com as manifestações das Cortes sobre a constitucionalidade das leis.

Sobre as diferenças que teriam conduzido aos dois sistemas, Favoreu (2004) aponta a *sacralização* da lei na Europa e a *sacralização* da Constituição nos Estados Unidos (p. 20), a desconfiança sobre a atuação dos juizes, desde a Revolução Francesa, acentuada pela validação da prática de atos nazifascistas (p. 23), falta de confiança em juizes de carreira para lidar com questões de importância constitucional (p. 20), a não aceitação pelo europeu de um *governo de juizes* (p. 18) e a influência que o modelo kelseniano exerceu sobre toda a Europa (p. 22).

No sistema de controle norte-americano, o Poder Judiciário deve possuir uma Corte Suprema, com competência para dizer, por último, sobre a constitucionalidade da norma, a partir da solução de um caso concreto; no sistema europeu, a Corte Constitucional, embora se relacione, não figura como componente da estrutura judiciária (FAVOREU, 2004, p. 33).

É fundamental que se perceba não só a diferença dos dois sistemas de controle de constitucionalidade, mas as causas dessas diferenças. A história judiciária continental europeia é marcada pela tentativa de controle da atuação do juiz desde a Revolução Francesa,

¹¹¹ Sobre o assunto: FAVOREU, 2004, p. 32.

¹¹² Renato Lopes Becho (2017, p. 511-519), também promovendo comparações entre o *civil law* e o *common law*, especifica as dificuldades decorrentes da diferença entre idiomas, instituições jurídicas e na realidade vivida entre Brasil e Reino Unido, o que o autor exemplifica, entre outros, pela diferença dos países em *ranking* que mede o respeito ao princípio do *Estado de direito*, no qual o Reino Unido ocupa posição consideravelmente melhor que a brasileira.

consubstanciada na limitação do juiz pela lei (que nem sequer deveria ser interpretada) e na criação de órgãos concentrados para a cassação de decisões inadequadas. O juiz é visto com desconfiança e tem o seu campo de liberdade de atuação restringido ao máximo, cabendo-lhe, na forma mais restrita possível, aplicar o direito positivo ou, no caso de constitucionalidade, a decisão de uma Corte Constitucional, cuja manifestação tem o efeito de vincular a todos. Daí, certamente, a tradição do juiz de não se preocupar com as manifestações das Cortes que lhe são superiores, já que somente o direito positivo e as decisões expressamente vinculantes deveriam ser seguidos.

Já o sistema de controle norte-americano, como se verá adiante, influenciado pela prática judiciária do *common law*, ao autorizar a todo juiz o cumprimento da Constituição, além de expressar confiança na atuação do magistrado, impõe-lhe a tarefa de bem conhecer as manifestações dos Tribunais sobre a constitucionalidade das leis, já que, em caso contrário, toda a sociedade estaria submetida à incerteza sobre o conteúdo do direito, que passaria a ser incapaz de regulamentar condutas e resolver conflitos. Veja-se que a existência de uma Corte Suprema, com competência de dizer por último sobre a constitucionalidade, tem, justamente, a finalidade de alinhar a posição do Poder Judiciário sobre a matéria. Alinha-se, aqui, o discurso ao papel das Cortes Supremas, apresentado acima.

Um dos sistemas, portanto, limita o juiz no seu contato direto com o direito constitucional; o outro limita o juiz pela observação das manifestações de Cortes que lhe são superiores sobre o caso concreto. Em ambos os casos, “fecha-se” o método de controle de constitucionalidade, em favor da segurança jurídica. Com diferentes métodos, coerentes para cada sistema, a atuação do juiz é limitada, prestigiando a certeza do direito.

Diferente é o sistema criado pela Constituição Federal brasileira, que estabelece a coexistência dos dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e subjetivo, típico norte-americano, e o concentrado e objetivo, típico do modelo europeu continental. As competências de Corte Constitucional – competente para a ação direta – e de Corte Suprema – competente para o último recurso no caso concreto – são exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio das competências para processamento da ação direta de constitucionalidade e do recurso extraordinário.

É verdade, conforme aponta Gilmar Mendes (2004, p. 64), que prepondera, historicamente, o modelo de controle difuso da constitucionalidade, tendo em vista a

restrição de legitimados para proposição de ação direta de inconstitucionalidade pelas Constituições que precederam a Carta de 1988¹¹³.

Considerando, contudo, o aumento do número de legitimados para a propositura da ação direta, hoje, o Supremo Tribunal Federal possui, em sua plenitude, as competências típicas de Corte Constitucional e de Corte Suprema, mas, ainda, com preponderância do exercício do controle concreto de constitucionalidade¹¹⁴.

Considerando a dualidade de modelos de controle, necessário se faz observar os efeitos disso decorrentes no funcionamento do sistema judiciário. Para isso, entendemos, devemos partir de um fato de relevo: o Brasil é um país de *civil law* em que, historicamente, prepondera o sistema de controle de constitucionalidade típico do *common law* estadunidense.

Apesar de ao juiz brasileiro ter sido entregue a competência para o julgamento da constitucionalidade de atos normativos, tradicionalmente, esse mesmo juiz nunca abandonou a sua posição de juiz de *civil law*, com a consequência de autolimitar-se somente pelo texto legal e/ou constitucional. Veja-se que o grau de vinculação do juiz brasileiro ao direito positivo é tão alto que as manifestações dos Tribunais e Cortes Supremas são necessariamente consideradas somente quando a lei (sentido amplo) assim prevê, como é o caso de julgamento de controle concentrado, da súmula vinculante e dos diversos instrumentos previstos pela lei ordinária (demandas repetitivas, assunção de competência, repercussão geral).

Sendo competente para afastar a aplicação da lei em qualquer caso, sob o pretexto de inconstitucionalidade, o juiz brasileiro goza da liberdade de imiscuir-se pelos mais variados princípios constitucionais, que podem responder a questões concretas das mais variadas maneiras, tendo em vista a alta abstração e carga axiológica, o que pode causar alta

¹¹³ O controle concentrado de constitucionalidade foi inaugurado no sistema jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, à Constituição Federal de 1946, para, mudando a redação do art. 101, I, *k*, prever a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. A legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para proposição da *representação de inconstitucionalidade* foi mantida até a Constituição Federal de 1988, que a alargou o rol de legitimados, conforme redação do art. 103.

¹¹⁴ Vale anotar que estão em processamento perante o Supremo Tribunal Federal 2.035 ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade e 27.029 recursos extraordinários ou agravos contra despachos de denegação de processamento de recursos extraordinários, o que mostra, além do absurdo volume de processos com os quais a Corte tem que lidar e o decorrente congestionamento, a absoluta preponderância de processos para controle concreto da constitucionalidade. Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>, consultado em 28/04/2018.

instabilidade na aplicação do direito positivo. Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 73-74), em igual sentido, comenta que:

O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos.

Isso confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de primeiro grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme à Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.

A tradição do controle difuso da constitucionalidade entrega ao juiz brasileiro competência que não é típica dos sistemas de *civil law*, o que deveria conduzir a conclusões referentes à forma de sua atuação que também não sejam típicas do sistema de *civil law*. É fácil perceber que, diferentemente do juiz norte-americano, detentor dessa mesma competência, o juiz brasileiro não guarda adequado respeito pelas manifestações das Cortes que lhe são superiores.

Observar e respeitar as manifestações de juízos superiores é o instrumento capaz de permitir a segurança, sob os vieses da certeza e previsibilidade, para o sistema de direito positivo. Note-se que no *civil law* tradicional isso é atingido com a não competência do juiz ordinário de julgamento da constitucionalidade das leis, o que é feito pela Corte Constitucional, com efeitos *erga omnes*.

A difusão do controle da constitucionalidade mediante julgamento de casos concretos demanda, necessariamente, a verificação do verdadeiro sentido da existência de uma Corte Suprema para o funcionamento do sistema judiciário, conforme temos afirmado neste trabalho. Não é adequado ao Estado de direito que uma mesma lei, em um mesmo momento, possa ser ou não aplicada em diferentes casos concretos¹¹⁵.

É justamente sob esse aspecto que a função constitucional do Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema, de vértice no sistema, será a seguir analisada, de modo a considerar a sua importância para o funcionamento do sistema judiciário.

¹¹⁵ Marinoni (2011, p. 77) afirma que entregar a competência para julgamento de constitucionalidade para juízes que não considerem precedentes torna o sistema jurídico irracional.

Não estamos a menosprezar, com isso, a função de Corte Constitucional, para julgamento direto da constitucionalidade de normas, mas temos que reconhecer que a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas nessas ações tem o efeito de pacificar questões, ajustando o funcionamento do sistema judiciário e a conduta de cidadãos. A nossa maior preocupação está, de fato, naquelas questões que permitem a aplicação divergente do direito positivo, causando a sua imprevisibilidade e, mais especificamente, a imprevisibilidade da decisão judicial para a solução de um caso concreto.

É nesse contexto que, embora a Constituição Federal permita o exercício do controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário em todas as suas instâncias, a mesma Constituição estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para, em julgamento de recurso extraordinário, dizer em última instância sobre a aplicação do texto constitucional.

Para o exercício dessa tarefa, o art. 102, III, aponta que ao STF caberá o julgamento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrarie o texto constitucional ou que julgue a constitucionalidade de atos normativos federais ou locais.

De acordo com os mesmos fundamentos que apresentamos acima para o Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à constitucionalidade de normas, o Supremo Tribunal Federal ocupa posição de vértice no Poder Judiciário, cabendo a ele a última decisão sobre a aplicação da Constituição Federal, seja por efeitos diretos em casos concretos, seja pela declaração da inconstitucionalidade de normas.

Valem para o STF, portanto, todas as considerações sobre a função das Cortes Supremas e sobre o a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, de maneira que, estando o Poder Judiciário estruturado piramidal e hierarquicamente, tem significado jurídico o fato de a Constituição Federal encarregar um órgão, composto de apenas 11 julgadores, de decidir, em último grau, sobre controvérsias relacionadas à aplicação da norma constitucional.

Assim como para o STJ, potencialmente, toda discussão judicial poderá resultar em um recuso extraordinário, a ser avaliado pelo Supremo Tribunal Federal, o que deve significar, tendo em vista a unidade e tamanho da Corte, o seu dever de uniformização da aplicação da Constituição Federal.

A organização constitucional do Poder Judiciário e o seu funcionamento sistemático, coerente, previsível e eficiente impõem ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de decidir sobre o direito constitucional, de maneira que o seu posicionamento tenha o condão de corrigir divergências na aplicação da Constituição em instâncias inferiores.

Faz-se necessário anotar, entretanto, que, diferentemente da previsão veiculada pelo art. 105, III, *c*, o art. 102, III, não autoriza, expressamente, a interposição do recurso extraordinário pela simples divergência entre julgados de Tribunais. A falta de expressa previsão constitucional nesse sentido não deve ser óbice para que se reconheça no Supremo Tribunal Federal a função de uniformização da interpretação e aplicação do texto constitucional. Comparando as hipóteses constitucionais para o recurso especial e para o recurso extraordinário, a doutrina não sente falta de uma expressa previsão constitucional de cabimento do apelo extraordinário em caso de divergência entre julgados de Tribunais. Vejamos:

Inexiste previsão constitucional de recurso extraordinário (STF) com fundamento específico no dissídio jurisprudencial entre tribunais do país acerca de interpretação de textos da Constituição Federal. Mas a *função unificadora da interpretação da Constituição* não fica afastada porque, no julgamento final das questões sobre a compatibilidade de leis ou atos normativos com ela, a sua palavra final será, em si mesma, fator de unificação (pela influência que exerce sobre a jurisprudência dos outros tribunais). (CINTRA; GRIONOVER; DINAMARCO, 2003, p. 180)

A possibilidade de decisões contraditórias e mesmo a ameaça de uma tendência anárquica dentro do sistema é minimizada pelo *recurso extraordinário* (art. 102, III, *a*, *b* e *c*, da Constituição), que permite ao Supremo Tribunal Federal uniformizar a interpretação em matéria constitucional. (MENDES, 2004, p. 20)

Em despeito do silêncio constitucional sobre o cabimento do recurso extraordinário para a solução de divergências na aplicação da Constituição por Tribunais, há o reconhecimento de que esse silêncio não tem o efeito de diminuir a função uniformizadora a ser exercida pela Corte, no que se refere à interpretação e à aplicação da Constituição Federal.

Inseridos em uma jurisdição em que qualquer juiz pode se manifestar sobre a constitucionalidade das leis e/ou sobre a aplicação direta da Constituição Federal, é muito importante que as manifestações do Supremo Tribunal Federal sejam atentamente observadas, especialmente, pelo Poder Judiciário, de maneira a garantir a mesma aplicação do direito positivo em diferentes casos, ou seja, garantir que o texto constitucional seja o mesmo para todos os cidadãos brasileiros.

A necessidade de observação das manifestações do STF, como temos sustentado, não decorre somente da concretização dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade, mas da organização constitucional do Poder Judiciário, que, ao escalonar os julgadores em instâncias, objetiva a uniformização na aplicação do direito, permitindo ao

jugador em instância superior que reforme ou anule o julgamento proferido em instância superior.

Pela lógica, portanto, não haveria que se submeter todas as causas para a análise da Corte Suprema, no caso o STF, já que o seu posicionamento deve ser aplicado pelos juízos inferiores, que são cientes de que a decisão em sentido contrário será reformada, causando apenas o retardamento da prestação jurisdicional e a ineficiência do funcionamento do sistema judiciário.

É relevante constatar que, historicamente, isso não é uma discussão nova no ambiente constitucional brasileiro. Isso porque a Constituição Federal de 1891 elegeu o controle difuso da constitucionalidade como único modelo aplicável no Brasil (BARROSO, 2004, p. 57), mas que, diante da sua pouca força para transcender os limites do caso concreto, fez com que a Constituição Federal de 1934¹¹⁶ outorgasse ao Senado Federal a competência para suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A função dessa suspensão era a difusão do posicionamento da Suprema Corte para aplicação isonômica perante todos os sujeitos de direito. Essa competência do Senado foi mantida por todas as Constituições subsequentes, inclusive a de 1988¹¹⁷.

A função constitucional do STF foi interessantemente analisada nos autos da Reclamação n. 7.334¹¹⁸, que versava sobre os efeitos da decisão em controle difuso sobre a atuação do sistema judiciário, de modo a verificar se, após decidida questão pelo STF, o descumprimento do posicionamento por juízos inferiores permitira o ajuizamento de Reclamação. Discutiu-se, naquela oportunidade, a necessidade de publicação de Resolução pelo Senado Federal para a atribuição de efeitos *erga omnes* ao posicionamento da Corte Suprema. Embora vencido, foi contundente o posicionamento pela obrigação de observação dos julgados por juízos inferiores, ainda que sem a produção de Resolução.

Relator inicialmente designado para o caso, o Min. Gilmar Mendes, avaliando a relação entre os modelos de controle de constitucionalidade, sustentou não haver razão para

¹¹⁶ “Art. 91. Compete ao Senado Federal: [...] IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...]”

¹¹⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”

¹¹⁸ “RECLAMAÇÃO – PEDIDO. Surgindo manifestamente improcedente o pedido formulado na reclamação, cumpre acionar o disposto no artigo 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte e negar-lhe seguimento.” (STF, Rcl 5.426 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, publ. 08/05/2008.)

que decisões proferidas pelo mesmo Tribunal, em igual grau de cognição, tenham tratamento diferente:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. (p. 27)

[...]

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*. (p. 32)

[...]

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. (p. 33)

[...]

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal. (p. 45)

[...]

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n. 16/65 e sob a Carta de 1967/69. (p. 49)

[...]

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. [...]. (p. 55) (sublinhamos)

O Min. Gilmar Mendes, a partir da conjugação dos dois modelos de controle de constitucionalidade, sustentou a mutação constitucional para reconhecer que a Resolução do Senado Federal teria o condão, apenas, de atribuir publicidade a decisão proferida em controle difuso, sendo que, a partir da própria decisão, os juízos inferiores deveriam aderir ao posicionamento, justificando, inclusive, o ajuizamento de Reclamação perante o STF em caso de descumprimento.

O Min. Eros Grau seguiu a conclusão do então Relator, apontando exemplo que justificaria os seus fundamentos:

Breve relato da nossa sessão plenária do dia 28 de março passado: julgamos algumas ADI's e alguns RE's; debatia-se depósito em dinheiro como requisito necessário ao exercício, pelo administrado, do direito ao recurso administrativo; julgamos inconstitucional a exigência, em mais de uma de suas manifestações; consta que no mesmo dia do julgamento, ao final da tarde, algum ou alguns contribuintes obtiveram o levantamento de depósitos que teriam anteriormente efetuado; se isso não for veraz, passa por ser na minha versão dos fatos; mas isso apenas se tornara possível, na realidade ou no conto que eu conto, porque a matéria à qual corresponderam os depósitos de que se tratava foi decidida em uma das ADI's; as decisões tomadas em RE's, atinentes a outra matéria, não aproveitarão os particulares senão quando, um dia, o Senado Federal vier a suspender a execução, no todo ou em parte, da lei que veicula a exigência de depósito... Um dia, no futuro...

Esse relato diz tudo. Quem não se recusar a compreender perceberá que o texto do inciso X do artigo 52 da Constituição é – valho-me da dicção de HSÜ DAU-LIN – obsoleto. (p. 75)

O Ministro aponta a falta de potência da decisão em controle difuso, comparada à decisão em controle concentrado, colocando cidadãos em situação de desigualdade e a manifestação da Corte em condições para desrespeito.

A posição do então Relator seria seguida também pelo Min. Teori Zavascki, que promoveu esclarecedor apanhado histórico para demonstrar que a competência do Senado Federal para a Resolução tem origem na própria conduta de julgadores de não observação de manifestações das Cortes que lhes sejam superiores:

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas surgiu com a implantação do sistema republicano. E surgiu como sistema de controle exclusivamente incidental, nos moldes do direito norte-americano. Todavia, não se tinha aqui a cultura do *stare decisis*, o que deixou exposto, desde a origem da República, o grave inconveniente dessa modalidade de controle, que é o de pôr em perigo, dada a sua restrita eficácia *inter partes*, os princípios da isonomia e da segurança jurídica, ao abrir a possibilidade de edição de decisões divergentes, umas reconhecendo, outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo. Vozes importantes se levantaram preconizando a eficácia *erga omnes* das decisões, ainda que tomadas em via incidental. O próprio Rui Barbosa, personagem destacado na formulação e implantação das instituições republicanas, defendeu, nos seus comentários à primeira Constituição da República, a adoção, entre nós, do *stare decisis*, quando a decisão pela inconstitucionalidade tivesse partido do STF. Invocando o direito norte-americano, do qual, afinal, havíamos haurido nosso modelo, sustentou Rui que “*ante a sentença nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa’.* Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional (...). Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a

Constituição lhes atribui” (Barbosa, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. vol. 4, p. 268). Outros renomados juristas também defenderam a tese de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada “efeito natural da sentença”: Bittencourt, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 143; Castro Nunes, José. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 592. A implantação dessa doutrina, por via pretoriana, não logrou êxito entre nós, como se sabe. E isso se deveu não propriamente a empecilho de natureza constitucional, mas à ausência de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais, inclusive os da Corte Suprema. Afinal, como observou apropriadamente René David, referindo-se à adoção do *stare decisis*, “no fundo, tudo isto é mais uma questão de psicologia jurídica que de direito” (David, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 392).

6. Pois bem, inviabilizada a via pretoriana, a força vinculativa dos precedentes do STF acabou sendo induzida por via legislativa, cujo passo inicial foi esse, de atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais. Essa competência, hoje constante do art. 52, X da Constituição (“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”), foi introduzida em nosso sistema constitucional pela Carta de 1934, por iniciativa de Prado Kelly, que, mais tarde, como Ministro do Supremo, explicou a razão da proposta:

“A jurisprudência pacífica do STF negava a extensão a outros interessados dos efeitos das suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em *habeas corpus* (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Rui Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados *inconstitucionais* pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pela Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-Membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os defeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal” (Voto proferido no MS 16.512/DF, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *RTJ* 38/16). (p. 156-158) (grifamos)

As considerações do Min. Zavascki chegaram, ainda, à função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, na linha em que temos sustentado:

Pois bem, esse panorama ilustra a inequívoca força *ultra partes* que o sistema normativo brasileiro atualmente atribui aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF. Daí a precisa observação do professor Danilo Knijnik: embora não seja certo “dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês”, também “será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva” (Knijnik, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59). Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática* – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a *aclarar* e

integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades “*que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente*” (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes. (p 155)

O posicionamento do Ministro é deveras significativo e aponta para a existência de uma finalidade constitucional a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a de integração do sistema jurídico (coerência) por meio da aplicação (a ser promovida por juízos inferiores) uniforme do direito.

A importância do debate travado nessa Reclamação, circunscrita em superar a expressa redação constitucional determinando a produção de Resolução do Senado Federal para atribuição de efeito *erga omnes* a decisão em controle difuso, por si só demonstra a observação pelo próprio STF, da sua finalidade constitucional de uniformização de posicionamentos e de atribuição de coerência ao sistema jurídico.

Essa Reclamação, contudo, não foi o único caso significativo de debates sobre a afirmação da potência das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. É relevante a decisão tomada pelo STF no sentido de dispensar o julgamento de constitucionalidade na forma do art. 97 da Constituição¹¹⁹ quando já houver manifestação pela inconstitucionalidade pelo Supremo.

No julgamento do RE 191.898¹²⁰ foi declarada interpretação com o objetivo de restringir a aplicabilidade do art. 97 da Constituição, não cabendo a remessa para a Corte Especial para julgamento de questão já decidida pelo STF. Note-se que, também com esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal reconhece a transcendência dos efeitos do julgado em controle difuso, que deixa de proferir efeitos somente entre as partes, para que estes sejam irradiados perante todo o sistema judiciário. Foram, nesse sentido, palavras do Min. Marco Aurélio, relator do caso, também pensando na racionalidade e eficiência do *sistema*:

¹¹⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

¹²⁰ “INCONSTITUCIONALIDADE – INCIDENTE – DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO – DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.” (STF, AI 168.149 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, decisão unânime, publ. 04/08/1995.)

Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal pronunciara-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a óptica burocrática da Fazenda? O que será do princípio da economia e celeridade processual? Mais do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte? O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal) tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta e ele ainda o é (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal) – O Supremo Tribunal Federal assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Por maior que seja a esperança da Fazenda em reverter o quadro, certamente o caminho não é o do apego à forma, ao fetichismo da forma, sobrecarregando-se, ainda mais, a máquina judiciária hoje muito próxima do emperramento. Aguarda-se, especialmente das pessoas jurídicas de direito público, postura exemplar e esta não se faz com insistência de ver cumprido ritual superado, em face do pronunciamento do Tribunal a quem cumpre a última palavra quando em jogo vício qualificado por inconstitucionalidade. Louvo a nova fase vivida pelos contenciosos da União e dos Estados. Todavia, no caso, ocorre atuação que, no entanto, foge a princípios maiores. Por tais razões, nego provimento este agravo. (p. 3998-3999)

Ainda sobre manifestações do Supremo Tribunal Federal a respeito de sua finalidade constitucional, foi interessante o debate ocorrido no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1¹²¹, em que foi levantada questão de ordem sobre a constitucionalidade da própria ADC, já que incluída na Constituição Federal pela Emenda n. 3, de 1993, ocasião em que muito se discutiu sobre os efeitos dos pronunciamentos da Corte, comparando os modelos de controle concentrado e difuso.

Relator para o caso, o Ministro Moreira Alves apresentou o contexto histórico da previsão do controle concentrado na ordem constitucional brasileira. Assim como para a competência para a produção de Resolução para suspensão da norma inconstitucional pelo Senado Federal, o Ministro apontou a incapacidade de o sistema judiciário seguir os posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o que teria determinado a necessidade de incorporação do modelo de controle que impunha efeitos *erga omnes* às decisões sobre inconstitucionalidade. O Ministro, ainda, reconheceu o Supremo Tribunal

¹²¹ “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE QUE SE JULGA NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, NO TOCANTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.” (STF, ADC 1 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, decisão por maioria, publ. 16/06/1995.)

Federal como órgão de ápice na organização *hierarquizada* do Poder Judiciário. Vejamos algumas de suas palavras (voto proferido no julgamento da ADC n. 1):

Desde a Constituição de 1891 até a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, o sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil se cingia ao controle difuso, de inspiração norte-americana, pelo qual qualquer Juiz ou Tribunal pode afastar, no caso concreto em que presta jurisdição, a aplicação de norma que viole a Constituição. Por não haver no Brasil o princípio do *stare decisis* – que, como acentua Nelson de Sousa Sampaio (*O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário*, in *Revista de Direito Público*, n. 75, p. 11), atribui força vinculante às decisões da Suprema Corte americana, pois as faz obrigatórias para os demais órgãos judiciais –, a Constituição de 1934 criou, no inciso IV do artigo 91, o mecanismo da suspensão, pelo Senado, da execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ato político esse que, no entendimento predominante, dá eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade em concreto.

A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, visando a reduzir a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal, instituiu, ao lado do controle difuso, e, portanto, incidental, de constitucionalidade dos atos normativos, o controle de constitucionalidade deles em abstrato por meio da representação de inconstitucionalidade [...] (p. 14-15)

[...] No Brasil, o órgão que exercita esse controle concentrado, em face da Constituição Federal, é, por força dela mesma, o Supremo Tribunal Federal, que não apenas integra o Poder Judiciário, mas se encontra no ápice de sua hierarquia. (p. 24)

Já nos primeiros debates à luz do texto constitucional de 1988, vozes apontavam pela incapacidade de observação de manifestações de Cortes de hierarquia superior pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, o que, de fato, atenta contra elementos fundamentais do funcionamento sistemático, como eficiência e coerência. Isso foi observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, em seu voto, fazendo expressa menção a questões tributárias, apontou a necessidade de uniformização de posicionamentos no âmago do Judiciário. Transcrevemos (voto proferido no julgamento da ADC n. 1):

Senhora Presidente, esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não, apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão didática na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de uma ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito. (p. 37-38)

Ainda sobre as palavras do Ministro Pertence, sublinhamos a sua referência à “máquina judiciária”, o que, em nosso entender, alinha-se completamente à ideia de organização judiciária enquanto *sistema*, conforme temos defendido. Uma máquina tem funcionamento sistemático, ou seja, voltada para a produção de um fim, com eficiência e coerência, mediante processos internos bem organizados entre as peças que a compõem.

O Ministro Francisco Rezek fez coro às palavras de Pertence sobre a necessidade de respostas uniformes pelo Poder Judiciário. O Ministro Rezek, contudo, seguiu o raciocínio para repensar a extensão do princípio do livre convencimento do magistrado, para questionar se, a partir desse princípio, seria possível sustentar a ampla liberdade para não aplicação dos posicionamentos de Cortes Supremas. Rezek respondeu à própria questão apontando que inexistente interesse público nessa conduta, que qualificou como imoral, após apresentar exemplo de caso concreto.

Merece destaque o caminho de juridicidade dos argumentos apresentados pelos Ministros em seus votos. Iniciado por fundamentos de natureza histórica com Moreira Alves, passou por questões pragmáticas com Pertence, para, com Rezek, chegar a dois fundamentos jurídicos específicos, a supremacia do interesse público e o princípio da moralidade. Vejamos as palavras de Rezek (voto proferido no julgamento da ADC n. 1):

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores.

Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada “liberdade de convencimento”, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando,

naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? (p. 45-47)

Muito duramente, Rezek questiona a *seriedade* (nítida decorrência da moralidade) da manutenção do dissenso na produção de decisões pelo Poder Judiciário. Localizados, como disse Moreira Alves, no ápice da pirâmide judiciária, os Ministros manifestaram o seu incômodo com o fato de os posicionamentos firmados pela Corte não serem seguidos por juízos inferiores. Destaca-se, nitidamente, a preocupação com os efeitos da dispersão do funcionamento judiciário, com prejuízos para o próprio judiciário, que seria “estrangulado” pela quantidade de causas para julgar, e para a sociedade, tendo em vista a falta de interesse público nessa conduta.

Para arrematar as menções a este debate, o Ministro Paulo Brossard alinhou-se aos Ministros já citados para comparar a postura do Poder Judiciário com países aderentes à “teoria do *stare decisis*”, onde haveria adesão às decisões da Suprema Corte pelo simples fato de serem da Suprema Corte. O Ministro, a partir disso, aponta para a falta de *utilidade* na conduta judiciária brasileira de não firmar posicionamentos uniformes; fala-se em utilidade jurídica, social e política. É excerto do voto do Ministro (voto proferido no julgamento da ADC n. 1):

Quanto ao efeito, Senhor Presidente, efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade, que o legislador entendeu oportuno adotar. É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta ou por aquela razão, durante decênio se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso. Dou um exemplo: o Banco do Brasil está sujeito aos impostos municipais ou não está. É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite dos recursos: um, três, cinco, dez recursos; esgotados os recursos, o feito tem de ter fim e com ele as divergências. É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo. (p. 71-72)

A utilidade, objeto de preocupação do Ministro Brossard, encarna, certamente, uma acepção de segurança jurídica, um dos princípios constitucionais sobre o qual temos laborado. A utilidade deve significar serventia, ou seja, deve instrumentalizar algum objetivo, que, de acordo com a argumentação de Brossard, é a estabilização de dissensos, ou

seja, a certeza sobre o resultado de controvérsias; adequando a proposição à função do STF, é certeza – expressão da segurança jurídica – sobre o sentido da norma constitucional.

As várias manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal acima apresentadas têm o efeito de, se não corroborar os argumentos que temos apresentado sobre o funcionamento sistemático do Poder Judiciário, mostrar que o sistema não funciona como deveria. É comum a insatisfação com a baixa eficácia que as decisões do Supremo Tribunal Federal gozam perante o Poder Judiciário, embora ele esteja no ápice da sua hierarquia, e perante a sociedade, embora seja o órgão competente para resolver, em último grau, controvérsias de ordem constitucional.

Tudo isso, conforme reconhecem os próprios Ministros, levou à criação de um sistema de *adesão* do Senado Federal ao posicionamento da Suprema Corte e da implantação do modelo de controle concentrado no Brasil.

Essas preocupações (e decorrentes mudanças constitucionais) não foram resolvidas completamente desde a Constituição de 1891, já que reformas persistem em criar mecanismos voltados a investir as decisões do Supremo Tribunal Federal de maior eficácia. Observe-se que a organização constitucional, com a clara finalidade das Cortes Supremas, não tem sido suficiente para que o *sistema judiciário* funcione adequadamente, fazendo com que o legislador assumira a tarefa de criar mecanismos para que isso aconteça.

E essa tarefa de tornar didática, compreensível e aplicável a função constitucional das Cortes Supremas e o correspondente funcionamento judiciário, no caso o STF, teve novos capítulos com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2005, que promoveu a inclusão dos §§ 2º e 3º ao art. 102 e do art. 103-A ao texto da Constituição Federal¹²².

¹²² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

“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.”

A Emenda Constitucional n. 45/2004 reforçou¹²³, de acordo com as inclusões constitucionais, os efeitos vinculares para administração pública e Poder Judiciário sobre as decisões proferidas em ações direta de inconstitucionalidade e ações declaratória de constitucionalidade; determinou a demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário; e criou a possibilidade de, depois de proferidas reiteradas decisões em controle difuso, ser editada súmula com efeitos vinculantes para a administração pública e Poder Judiciário.

O mau entendimento sobre os deveres decorrentes da organização constitucional judiciária levou o constituinte derivado a promover inclusões na Carta Magna direcionadas à valorização das manifestações do Supremo Tribunal Federal, desta vez nitidamente visando à redução do número de recursos extraordinários direcionados à Corte.

Vale notar, sobre o volume de processos, quanto menor a importância dos julgados das Cortes Supremas no ambiente do sistema judiciário, maior será o número de casos submetidos à análise de tais Cortes por via dos recursos cabíveis (especial e extraordinário), submetendo a Corte ao dever de corrigir todas as decisões que sejam contrárias às suas posições já manifestadas.

A tradicional atuação judiciária brasileira, marcada pelo controle difuso da constitucionalidade e da vinculação do juiz somente à lei, fez com que um incrível e crescente número de recursos extraordinários fosse submetido ao Supremo Tribunal Federal anualmente. Isso levou à inclusão do § 3º ao art. 102 da Constituição para determinar que o recorrente demonstrasse a repercussão geral da matéria constitucional em discussão, ou seja, a sua importância para além dos limites do caso concreto.

Sendo um requisito de admissibilidade do recurso, a lei ordinária (Lei n. 11.418/2006) o regulamentou para determinar que a não admissão da repercussão geral deveria valer para todos os recursos em matéria idêntica; se admitida a repercussão geral e existentes múltiplos recursos sobre o mesmo assunto, o processamento de todos os recursos em igual matéria poderia ser sobrestado, aplicando-lhes a mesma decisão proferida após a

¹²³ O art. 28 da Lei n. 9.868/1999 já previa os efeitos *erga omnes* e vinculante para as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal também já tinha, naquele momento, posicionamento firmado pela existência de ambos os efeitos para as decisões proferidas em controle concentrado (p. ex.: STF, Rcl 2.223, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão por maioria, julgado em 02/10/2003, publ. 15/09/2006; STF, Rcl 1.987, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, decisão por maioria, julgado em 01/10/2003, publ. 21/05/2004; STF, Rcl 2.256, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, decisão por maioria, julgado em 11/09/2003, publ. 30/04/2004).

análise do mérito pelo STF no processo em que houve o reconhecimento da repercussão geral.

De acordo com o próprio Supremo Tribunal Federal, hoje, estão sobrestados perante o sistema judiciário brasileiro 1.481.122 recursos extraordinários¹²⁴, e a própria Corte, ao longo dos últimos 30 meses, devolveu 31.564 recursos extraordinários para instâncias inferiores para sobrestamento até solução de recurso paradigmático em que reconhecida a existência de repercussão geral¹²⁵. São quase 150.000 processos a menos no gabinete de cada Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A previsão e estatísticas sobre a repercussão geral fazem ligar duas questões: a necessidade de redução de processos perante as Cortes Supremas e o dever de observação das decisões dessas mesmas Cortes pelo sistema judiciário. Note-se que a repercussão geral (e a sua regulamentação) veio a remediar uma consequência da tradicional não observação da finalidade constitucional da Corte Suprema.

O mesmo deve ser dito do art. 103-A, que autorizou o Supremo Tribunal Federal a editar súmulas com poder de “vinculação”, ou seja, de observação obrigatória, pela administração pública e Poder Judiciário. Cumprindo a mesma finalidade da repercussão geral, a súmula vinculante tem o efeito de reduzir o número de recursos direcionados à Suprema Corte, já que impõem a adesão a posicionamento firmado em decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade¹²⁶.

Após reiteradas decisões proferidas em controle difuso e contando com a concordância de 2/3 dos membros da Corte, o posicionamento definido em casos concretos passa a ser de obrigatória aplicação por todas as instâncias de julgamento e pela administração pública, com o verdadeiro efeito de estabilizar a discussão, levando a zero o número de recursos a serem submetidos a julgamento pela Suprema Corte naquele assunto.

¹²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>, consultado em 28/04/2018.

¹²⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>, consultado em 28/04/2018.

¹²⁶ A permissão constitucional para a edição de súmulas vinculantes não foi outorgada sem que houvesse crítica doutrinária à sua adoção. Destacamos, nesse sentido, a conferência proferida por Eduardo Domingos Bottallo (2001, *et al*) na abertura do XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, em que, ainda antes da edição da emenda constitucional, sustentava a inconstitucionalidade da vinculação formal “porque elas perpetraram clara e manifesta ingerência no exercício da atividade jurisdicional a cargo de juízes e tribunais, levando à sua compulsória pré-ordenação e, em consequência, ao seu amesquinamento” (p. 18).

Os novos dispositivos constitucionais não escaparam da avaliação do próprio Supremo Tribunal Federal, que teve a oportunidade de reafirmar a função constitucional da Corte. Comentando os novos dispositivos constitucionais, a Min. Ellen Gracie apontou a demanda por *coerência no sistema judiciário*, o que, como temos sustentado, é decorrente do próprio texto constitucional. O comentário foi proferido em debates no julgamento do AI 760.358¹²⁷, recurso em que se discutiam os efeitos de decisão tomada pelo STF em processo representativo de controvérsia. Foram as suas palavras:

[...] Talvez, em algumas hipóteses, por não serem soluções permanentes – já que são medidas que visam a eliminar esse passivo gigantesco que o sistema judiciário brasileiro acumulou para que, depois de bem definida repercussão geral e sumula vinculante, passemos a trabalhar com um sistema judiciário coerente e viável [...].
(p. 1745)

A Ministra, nos mesmos debates, apontou, por meio de exemplo, a necessidade de observação pela sociedade dos posicionamentos do STF:

Eu me recordo que – tenho certeza de que ainda vou ver algo semelhante acontecer no Brasil – numa certa ocasião, alguém me referiu que foi hospedar-se num hotel em Nova Iorque. Quando chegou perguntou qual era o valor da tarifa e foi informado.

Uma semana depois ele foi se despedir e pagar a conta. O valor cobrado era menor e ele surpreendeu-se. Porque o valor cobrado é menor se a tarifa inicialmente era essa? Responderam-lhe: porque durante esta semana a Suprema Corte decidiu que determinado tributo incidente sobre a tarifa não era devido. Imediatamente, o país inteiro havia cumprido a decisão da Suprema Corte. Quer dizer, nós não estamos hoje ainda acostumados a isso, mas se utilizarmos bem os instrumentos extremamente virtuosos que nos foram colocados nas mãos, certamente vamos chegar a esse resultado. Espero que dentro em breve. (p. 1752-1753)

As palavras da Ministra, ilustrando fatos ocorridos, apontam para a importância da manifestação STF enquanto Corte de vértice no sistema judiciário. Os seus posicionamentos devem ser observados, especialmente, em decorrência de a palavra da Corte ser a última sobre questão constitucional. Esse pensamento alinha-se, ainda, à posição expressada pelo

¹²⁷ “Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem.” (STF, AI 760.358 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, publ. 11/02/2010.)

Min. Gilmar Mendes, relator do caso em questão (AI 760.358), em voto “[...] Temos [STF] que assumir definitivamente a função de Corte Constitucional e abandonar a função de Corte de Revisão. Temos que confiar na racionalidade do sistema e na aplicação de nossas decisões pelas Cortes de origem” (p. 1731).

A posição do Ministro coincide com o que acabamos de sustentar acima. Não cabe à Corte de vértice a avaliação de processo a processo para julgamento de casos concretos, mas o exercício da função nomofilática, de estabilizar interpretações sobre o direito, no caso, do direito constitucional.

As inclusões no texto constitucional, diante disso, não tiveram o condão de alterar o significado dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade e, até, da tripartição dos poderes, mas, por meio do próprio direito positivo (Emenda Constitucional), fazer com que o Poder Judiciário passasse, ao menos em hipóteses específicas, a concretizar a real finalidade das Cortes Supremas. Veja-se que, sem que houvesse mudança na composição ou na competência do Supremo Tribunal Federal e do sistema judiciário, por meio de novos instrumentos, a posição do STF passou a ser seguida pelos órgãos ordinários de julgamento e por aquela própria Corte (o que já deveria acontecer à luz da organização constitucional judiciária).

Ainda que reconheçamos o didatismo de tais inclusões constitucionais, entendemos que não é o caso de dizer que elas inovaram o sistema constitucional, mas apenas fizeram cumprir o que o texto constitucional determina, ainda que não expressamente.

É interessante observar, além disso, que somente o verdadeiro entendimento sobre o significado da organização judiciária é que levará o funcionamento do *sistema* ao patamar de coerência e de eficiência desejado. Isso porque, mesmo com o esforço do constituinte derivado, o Poder Judiciário pode continuar decidindo de maneira contrária aos entendimentos do STF, ainda que firmados sob um desses ritos “vinculantes”. E o remédio para isso será o mesmo que aquele antes existente, um recurso (embora tecnicamente possa ter outro nome, no caso, *reclamação*).

Assim, o direito brasileiro não passou, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a ser jurisprudencial, consuetudinário ou de *common law*, mas continuou igual, legalista, de *civil law*. A diferença é que se percebeu a única maneira de fazer o juiz entender a importância da manifestação das Cortes que lhe são superiores para o funcionamento do sistema, qual seja, por meio de uma disposição expressa de direito positivo.

O fato de o direito positivo prever os tipos de provimentos jurisdicionais “vinculantes” não deve ter o resultado de apequenar a função das Cortes Supremas, de

maneira que não só esses provimentos devam ser observados pelo sistema judiciário, mas todos aqueles proferidos por tais Cortes, como determina a Constituição Federal, em sua organização sistemática e hierarquizada do Poder Judiciário. Também, não deverá ter o efeito de criar a consciência, na própria Suprema Corte, de que somente esses provimentos é que gozaram de importância, de modo a não submeter todas as discussões das quais tome conhecimento a um desses institutos.

Ainda sobre o Supremo Tribunal Federal, cumpre anotar a organização dos 11 Ministros que formam a Corte em duas Turmas de julgamento, sem que haja entre elas separação de competência por matéria. As Turmas têm competência para julgamento do recurso extraordinário e dos recursos a ele inerentes (agravos, medidas cautelares e embargos de declaração), salvo eventuais embargos de divergência que deverão ser julgados pelo Tribunal Pleno.

O Tribunal Pleno é formado pela totalidade dos Ministros da Corte, cabendo ao órgão o julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cabe, ainda ao Pleno, a avaliação do requisito de repercussão geral, quando divergente a Turma na sua avaliação (necessidade de 2/3 dos Ministros para a negativa de repercussão geral, art. 102, § 3º, da CF), assim como o julgamento de questões remetidas pelas Turmas, tendo em vista a sua importância. Caberá, ainda, ao Pleno a avaliação dos recursos em que tenha sido declarada a repercussão geral ou havido afetação ao regime de solução de demandas repetitivas.

Eis, novamente, a organização que privilegia a solução de divergências para que respostas uniformes sejam proferidas pela Corte, fazendo valer a sua função constitucional.

Com tais considerações, chegamos ao fim da apresentação constitucional do Supremo Tribunal Federal e do sistema judiciário brasileiro, de maneira que passaremos a avaliar os efeitos que essa organização deve gerar na prestação jurisdicional por juízes e Tribunais, considerando, especialmente, a importância das manifestações das Cortes Supremas.

Propositamente, até o presente momento evitamos tecer considerações sobre *precedentes*, *jurisprudência*, *súmula*, *stare decisis*, *common law* e *civil law*, que passarão, a partir deste momento, a compor o nosso discurso. A nossa intenção, com isso, foi contextualizar o sistema judiciário independentemente da significação desses vocábulos e expressões para que pudéssemos construir, desde o início, o sentido que pretendemos dar a eles, no contexto da Constituição Federal brasileira.

Não nos propusemos, portanto, à importação de modelos, tampouco de definições prontas, de modo a nos permitir a identificação, à luz do direito positivo brasileiro, das significações de, e das relações entre, tais institutos no Estado brasileiro.

A avaliação do funcionamento do *sistema constitucional judiciário* depende, a partir das premissas calcadas nestes últimos itens, especialmente sobre a função das Cortes Supremas, da verificação de como o Poder Judiciário deverá funcionar em sua *unidade sistemática*, o que depende entendimento sobre como cada um dos seus membros ou órgãos de julgamento deverá atuar e se relacionar com provimentos proferidos por si mesmos e por outros órgãos. Vejamos.

2.3 O efeito da organização sistemática no funcionamento do Poder Judiciário

É o objeto deste capítulo a forma pela qual a Constituição Federal de 1988 organizou o Poder Judiciário brasileiro, considerando, especialmente, o caminho que processos discutindo questões tributárias deverão trilhar até o seu trânsito em julgado. Foram apresentadas, dentro desse contexto, considerações sobre a organização das Justiças Estadual e Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Feito isso, cumpre-nos, nas próximas páginas, melhor alinhar o sentido da tão explorada organização ao funcionamento ordinário do Poder Judiciário.

Embora não tenhamos tratado especificamente dos assuntos jurisprudência e precedentes, tampouco promovido considerações acerca do funcionamento comparado entre sistemas de *civil e common law*, as considerações promovidas até aqui são, entendemos, os fundamentos para que se verifique a forma pela qual o próprio Poder Judiciário e, por consequência, a sociedade, deverão lidar com a jurisprudência ou com os precedentes das Cortes Supremas brasileiras, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Sem prejuízo dos princípios com os quais abrimos este trabalho, que serão objeto de concretização em sua aplicação para o funcionamento do sistema judiciário no próximo capítulo, temos que concluir que a organização promovida pela Constituição Federal de 1988 diz muito sobre a maneira de lidar com as manifestações das Cortes Supremas.

Já diz muito pelo simples fato de a organização judiciária constar, detalhadamente, no texto constitucional, pois as determinações constitucionais devem ser interpretadas de modo a lhes entregar máxima eficácia na sua aplicação¹²⁸.

Influenciados pela pretensão de entrega de máxima efetividade para a norma constitucional, foi identificada a natureza sistemática da organização judiciária na Constituição Federal de 1988, ou seja, a previsão de uma estrutura que se destaca no ambiente em que inserida, que cumpre um objetivo, é organizada e obedece a regras que determinam os seus processos de funcionamento e a forma para a sua interação com o meio ambiente.

Para o seu funcionamento, há normas que estabelecem os requisitos necessários para que peças integrem o sistema (juízes), de modo a determinar diferentes níveis de atuação entre eles (juízes). Esses níveis, chamados instâncias, menores em número de juízes a cada escala superior, exercem o poder de revisão, de anulação e de reforma sobre as decisões uns dos outros, no caso, a instância superior tem a competência para rever, anular ou reformar a decisão da instância inferior, desde que haja a interposição de recurso, conforme requisitos predeterminados.

Há toda uma organização, e respectivo funcionamento, para que diante de um pedido o sistema produza uma decisão. A organização piramidal hierarquizada, por sua vez, é o elemento-chave para que o sistema funcione com uniformidade, ou seja, produzindo mesmas respostas para pedidos iguais de modo a atribuir uniformidade e coerência no funcionamento do sistema, o que viabilizado e assegurado pelas Cortes Supremas.

Sem prejuízo da complexidade da organização e da extensão do percurso de um processo entre as instâncias de julgamento, é muito importante que se reconheça a impreterível necessidade de que a resposta do sistema seja eficiente, sob pena de obstar o próprio exercício da sua finalidade, a prestação jurisdicional. Diz-se, por essa razão, que a justiça atrasada é justiça negada (CAMINKER, 1994, p. 844).

¹²⁸ Veja-se, a título de exemplo, a quantidade e a complexidade de características que a doutrina extrai da repartição da competência para a tributação por impostos entre os entes federados. A partir do teor dos arts. 153, 154, 155 e 156, que, basicamente, repartem fatos sobre os quais será possível exercer a tributação, ou seja, normas-competência, a doutrina reconhece as características da indelegabilidade, privatividade, facultatividade do exercício, irrenunciabilidade, inalterabilidade e incaducabilidade (CARRAZZA, 2007, p. 497; CARVALHO, 2008, p. 238; BECHO, 2015, p. 219). A nossa empreitada neste trabalho é uma busca análoga àquela promovida para a identificação das características da repartição da competência tributária, ou seja, a partir do estudo das normas de competência e de organização, com a sua comparação com princípios determinados pela própria Constituição, buscaremos identificar elementos concretos a serem observados no funcionamento do Poder Judiciário.

Considerando que à organização constitucional devemos entregar a maior efetividade possível e que o funcionamento sistemático do Poder Judiciário entrega a órgão de vértice a competência para uniformizar posições, não há razão que deva justificar a possibilidade das escalas inferiores da pirâmide judiciária de desconsiderar e não aplicar os entendimentos formados pelas Cortes de vértice.

Voltamos a dizer, a partir de considerações genéricas sobre o sistema, que o Poder Judiciário é *um* sistema e não um conglomerado caótico de órgãos autônomos entre si. De modo que a resposta entregue para a sociedade no seu funcionamento deve expressar essa unidade, ou seja, ser dotada de coerência, marca do funcionamento de um sistema.

Embora o arrimo nos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade estejam intimamente ligados à produção de mesmas respostas para mesmos casos, a necessidade de coerência no funcionamento de um sistema, por si só, deve determinar esse tipo de realização.

Tivemos a oportunidade de apresentar, acima, manifestações de muitos antigos e atuais julgadores membros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, todas elas apontando para a necessidade de que o *sistema judiciário* entregue respostas uniformes para provocações iguais.

A coerência nas manifestações é fundamento, inclusive, para a legitimação social do exercício da função jurisdicional do Estado, que em seu formato de Estado de direito inadmite a prática de arbitrariedades por pessoas e/ou órgãos investidos de funções públicas. A *confiança*, no caso a *confiança social*, somente será atingida com a concretização de expectativas sobre as manifestações do sistema, de maneira a permitir segurança (sob o viés de previsibilidade) aos jurisdicionados.

O adequado funcionamento judiciário, portanto, será atingido somente com a mais clara coerência nas manifestações de todas as suas peças e, frise-se, essa coerência é com o sistema e não com peças, pessoas ou consigo mesmo (para cada julgador). Vejamos.

2.3.1 A coerência na atuação sistemática

Ao longo do texto deste capítulo temos apresentado o Poder Judiciário nos termos de sua organização constitucional, voltando-nos para a sua natureza de sistema e da importância

que as Cortes Supremas têm para a uniformização do seu funcionamento. Apresentamos, com ênfase, a função nomofilática de tais Cortes.

A organização piramidal, com a posição de vértice ocupada por pouquíssimos julgadores, deve resultar no reconhecimento da importância das manifestações promovidas por tais Cortes para, partindo da sua função de uniformização, reconhecer que as suas manifestações devem ter o efeito de atribuir coerência ao funcionamento da máquina (na melhor analogia para um sistema) judiciária.

Para iniciar essa reflexão, reputamos importante reconhecer que a amplitude da base da *pirâmide* judiciária tem a finalidade de permitir que o Poder Judiciário tome contato, com eficiência do grande número de processos judiciais normalmente ajuizados por sujeitos de direito. Trata-se de questão física relacionada à garantia de acesso à tutela jurisdicional.

Dizemos “questão física” considerando que quanto maior o número de juizes de primeiro grau, maior será a probabilidade da prestação jurisdicional célere, tendo em vista o efeito de um menor número de processos por julgador.

Dito isso, a organização constitucional do Poder Judiciário deixaria de fazer sentido se supormos que todas as causas resolvidas pelo juiz de primeiro deverão, necessariamente, ser revistas por um julgador de segunda instância. Veja-se que o menor número de julgadores na segunda instância, além de viabilizar a uniformização de entendimentos, justifica-se pelo fato de, ao menos em teoria, após resolvida pelo juiz de primeiro grau, não haver interesse no recurso em todos os processos.

Assim, o estreitamento da pirâmide, por si só, significa a expectativa de muitos processos resolvidos em primeiro grau não sejam submetidos ao segundo grau de análise. Disso, duas conclusões: a primeira no sentido de que, se todos os processos de primeiro grau tiverem que ser revolidos pelo Tribunal, este estará condenado à ineficiência; a segunda no sentido de que, se toda causa deve ser analisada pelo Tribunal, não há sentido na existência de uma primeira instância de julgamento.

A mesma reflexão vale para o caminho de processos entre Tribunais e Cortes Supremas, de maneira que, se todos os processos tivessem que ser resolvidos pelo STJ ou pelo STF, não haveria razão que justificasse todo o aparato para processamento do processo em duas instâncias anteriores.

Foi, justamente, a tradição da maciça apresentação de recursos direcionados às Cortes Supremas que justificou a inserção da Constituição Federal dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral.

Fique claro, com isso, que o sistema judiciário somente funcionará com a máxima eficácia se os seus diferentes órgãos exercerem a sua função constitucional adequadamente, de modo a evitar que recursos sejam dirigidos para as instâncias superiores de julgamento. Ou seja, o sistema será tão mais eficiente quanto menor for o número de apelações contra sentenças e de recursos especiais e extraordinários contra acórdãos.

Há, evidentemente, maneiras várias para que a redução do número de recursos seja reduzida, muitos deles relacionados a aspectos de forma e de processamento (BOTTALLO, 2011, p. 15) ou até mesmo à vinculação por meio de lei às decisões de Cortes Supremas. Queremos, contudo, reconhecer que o mais eficiente desses meios começa com a atuação coerente do sistema judiciário, que entregue soluções *certas* para as partes litigantes, de modo que seja possível saber que um recurso, ainda que analisado, não restará provido.

Trata-se do melhor viés para que analisemos a demanda por uma atuação coerente do sistema judiciário. Vejamos.

Sobre a coerência, partamos da definição proposta por Nicola Abbagnano (2007, p. 147-148), em seu *Dicionário de filosofia*:

COERÊNCIA [...] 1. Ordem, conexão, harmonia de um sistema de conhecimento. [...] A C [Coerência], nesse sentido, é muito mais do que a simples compatibilidade (v.) entre os elementos de um sistema: implica, com efeito, não só a ausência de contradição, mas a presença de conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema. Nessa acepção, esse termo não tem significado lógico. 2. O mesmo que compatibilidade. Esse significado é assumido com frequência por esse termo em italiano e francês, já que nessas línguas o termo compatibilidade não se presta a exprimir o caráter do sistema desprovido de contradição, mas designa o caráter de não contradição recíproca dos enunciados.

Para usar da definição em questão apresentada por Abbagnano, relembremos que o sistema judiciário deve funcionar da forma mais eficiente possível, fazendo valer tanto a maior eficácia constitucional da sua organização, quanto o princípio constitucional de eficiência na prestação jurisdicional. Partindo disso, servimo-nos da definição acima para reconhecer a coerência como uma determinação lógica de não contradição.

Organizado para funcionar de maneira eficiente, descabe ao sistema judiciário a produção de resultados contraditórios entre si. É justamente a organização piramidal que entrega instrumentos para que a não contradição no exercício da função judiciária seja levada a efeito. Havendo respostas contraditórias, a organização sistemática estabelece o caminho para que uma delas seja corrigida.

Diferente seria o caso de um sistema marcado pela organização horizontal, sem superposição hierárquica de autoridades, condição em que respostas contraditórias não poderiam ser corrigidas. Conforme já apresentamos, até mesmo internamente às instâncias

de julgamento, a organização judiciária estabelece mecanismos para a uniformização de respostas, ou seja, para a não contradição entre decisões.

A coerência, ainda de acordo com Abbagnano, não exaure o seu significado na demanda por não contradição, que resulta na exclusão de um elemento (no caso, uma decisão) do sistema. A coerência é concretizada também pelo efeito positivo de que elementos sistemáticos estejam encadeados e harmônicos, compatíveis entre si.

Aplicando tais considerações ao funcionamento da máquina judiciária, tem-se que os resultados do seu funcionamento (decisões judiciais) não devem ser contraditórios entre si, ou seja, impondo diferentes resultados para contingências similares; ainda, as decisões devem ser harmônicas entre si, de modo que não só os resultados sejam compatíveis, mas também os seus fundamentos.

No que se refere à harmonia entre as decisões, basta imaginar hipóteses em que o resultado de uma decisão prévia esteja relacionado apenas a uma questão incidente de um caso em análise ou casos em que os mesmos fundamentos devem ser avaliados para a solução de pedidos e questões diferentes. É importante que as manifestações do sistema estejam alinhadas, melhor dizendo, sejam coerentes no que se refere a esses pontos. É esse, repetimos, o fundamento para que o sistema seja organizado piramidalmente.

Melvin Eisenberg (1991, p. 44) leciona que essas acepções da coerência atribuem ao sistema congruência, impondo um encadeamento harmônico entre elementos, e consistência, ao demandar a adequada relação entre elementos. Fredie Didier Jr. (2016, p. 390) aponta o dever de não contradição como coerência formal e a demanda por harmonia e encadeamento como coerência substancial. Já Neil MacCormick (2009, p. 346) trata a demanda por não contradição no sistema por coesão e, avaliando o sistema jurídico, aponta que somente a coerência é que conduzirá à sua racionalidade. Vejamos (MACCORMICK, 2009, p. 347):

A argumentação a partir da coerência vai ainda mais longe, buscando não apenas evitar incompatibilidades ou contradições categóricas, mas na realidade encontrando um modo para que o sistema como um todo faça sentido, ao fazer sentido de suas ramificações separadamente. Trata-se, naturalmente, de uma questão de realização mais ideal do que real. Em parte, porque o sistema muda ao longo do tempo, e sempre há uma velharia prejudicando o avanço. No entanto, ao apresentar argumentos a partir da coerência, estamos argumentando em prol de meios para tornar o sistema jurídico um todo estruturado em termos racionais na medida do possível, o que não nos obriga a buscar objetivos gerais mutuamente incompatíveis.

O autor continua a sua defesa da coesão e coerência, argumentando a partir de questões gerais relacionadas às ciências e às práticas humanas. Vejamos (MACCORMICK, 2009, p. 350):

[...] A coesão e a coerência, tratar casos semelhantes de modo semelhante e casos diferentes de modo diferente, são *possibilidades* para nós em nossa atuação, raciocínio e tomada de decisão, exatamente como a coesão e a coerência de pensamento, bem como a busca de explicações semelhantes para fenômenos semelhantes e de explicações diferentes para fenômenos diferentes são *possibilidades* para nós em nossas tentativas de explicar e descrever o universo natural. [...]

Por mim, não consigo entender por que motivo deveria dar respostas diferentes em relação à ação e à reflexão. Se me dissessem que não faz sentido a ideia de ser a racionalidade na ação distinta da racionalidade na especulação, eu responderia que este livro demonstra a falsidade dessa declaração. Temos a escolha, de ser racional ou não, e essa é uma escolha onipresente em relação a todos os aspectos de nossa vida, seja como teóricos, seja como cientistas que trabalham em explicações da natureza das coisas, seja como agentes práticos que se encarregam das atividades da vida, interagindo com outros seres animados no contexto de algum conjunto de relacionamentos sociais, morais e jurídicos.

As considerações do autor esclarecem a relação entre coerência e racionalidade, ou seja, a sua importância para o *fazer sentido* e para a estruturação. O autor afirma a demanda humana por coerência, fundando o seu argumento na busca científica por proposições que se repetem, o que pode ser aplicado, também, às relações humanas. São, portanto, as relações coerentes que permitem alguma previsibilidade, passível de ser atingida pela via da racionalidade.

Transportando tais considerações para o funcionamento judiciário, as manifestações de julgadores ou órgãos ocupantes de posições superiores na organização piramidal somente farão sentido se forem utilizadas para a atribuição de coerência na atuação do sistema, evitando que decisões contraditórias entre si sejam proferidas por juízos inferiores, assim como permitindo alguma previsibilidade sobre o caminho que será adotado pelo próprio sistema judiciário, a partir de questões decididas precedentemente.

A missão de obtenção de coerência somente será cumprida com êxito caso juízos inferiores conheçam e apliquem as posições de juízos superiores, viabilizando a entrega de respostas (produto da atuação sistemática) coerentes entre si. O efeito disso, certamente, é o desestímulo à apresentação de recursos que resultariam na mera repetição de posição pela corte de posição superior.

Pensando a coerência à luz de aspectos materiais do direito, e não apenas para um bom funcionamento sistemático, Norberto Bobbio vincula a coerência do sistema jurídico à certeza e à justiça. Vejamos (BOBBIO, 1999, p. 113):

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os

ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

As considerações de Bobbio são exatamente aplicáveis ao nosso raciocínio sobre o funcionamento judiciário. A solução de controvérsias pelas Cortes Supremas, no cumprimento de sua função nomofilática, deve ter o efeito de atribuir certeza, enquanto ordem e previsibilidade, e justiça, enquanto igualdade, aos usuários do sistema judiciário. Veja-se que somente por meio desse funcionamento é que os mesmos objetivos buscados por Bobbio serão atingidos, quais sejam, a possibilidade de o cidadão prever as consequências jurídicas das suas condutas e de receber tratamento igual àqueles em mesmas condições.

Agregue-se a isso a demanda por eficiência para que se chegue à conclusão de que, manifestado o posicionamento por órgão de julgamento superior, deve ser a adesão a esse posicionamento pelo julgador ou órgão inferior, de maneira a produzir resposta coerente e célere ao usuário do sistema judiciário.

A coerência na manifestação judiciária extrapola, portanto, a dimensão do funcionamento sistêmico para chegar às bases dos fundamentos do Estado de direito, já que configura instrumento para que ao cidadão seja possível prever as consequências jurídicas das suas ações. Os efeitos da coerência no funcionamento do sistema desbordam os limites do Poder Judiciário, pois a sua observação resultará no exato conhecimento do sentido do próprio direito positivo pelo cidadão.

Não é por outra razão que Rigaux (2003, p. 46) afirma que saber da conformidade de uma conduta com o direito depende de antecipar uma sentença sobre um virtual conflito envolvendo tal conduta. A possibilidade de conhecimento e de previsão sobre as respostas do sistema judiciário é questão inerente à eficácia do próprio Estado de direito¹²⁹.

¹²⁹ De acordo com MacCormick (2009, p. 314), conhecer o direito depende, inescapavelmente, da manutenção de um alto grau de concordância entre os juízes sobre o conteúdo das normas jurídicas vigentes. Em caso contrário, seria impossível a afirmação do conteúdo do ordenamento. O autor afirma: “[...] os juízes precisam pelo menos concordar em grau muito alto quanto ao que realmente vale como norma do direito e sobre quais são as condições *immediatas* de validade da lei; em caso contrário, não haveria absolutamente nenhum sistema jurídico, somente o caos. [...]”

Mais que isso, exigir a coerência nas manifestações judiciais, consubstanciada na observação de provimentos de cortes superiores, é evitar a prática de arbitrariedades, já que a solução aplicada para o caso seja aquela solução *oficialmente* escolhida pelo *sistema* e não aquela escolhida particularmente pelo julgador ou órgão. É por essa razão que as decisões judiciais (e todos os atos administrativos) devem ser motivados pelo direito vigente e, como temos sustentado¹³⁰, na posição de cortes superiores ao órgão julgador, garantindo a despersonalização da prestação jurisdicional, com a proteção contra arbitrariedades¹³¹. Não por outra razão, François Rigaux (2003, p. 305) afirma que o Judiciário tem o dever de firmar “o” sentido da norma, e não “um” sentido para a norma.

É considerando a possibilidade de condutas arbitrárias que Frederick Schauer vincula a coerência no sistema judiciário ao princípio da moralidade. Vejamos (SCHAUER, 2016, p. 76):

A ideia de equidade como coerência forma o alicerce para o pensamento acerca da moralidade. Seja expressa como uma universalidade Kantiana, ou uma decisão que pessoas tomariam caso envoltas por um manto Rawlsiano da ignorância sobre as próprias circunstâncias, ou simplesmente como uma Regra de Ouro, o princípio que estabelece que decisões que não são coerentes são, por essa razão, injustas ou simplesmente erradas.

O sistema, portanto, deve produzir respostas coerentes. É a única maneira pela qual o cidadão poderá entregar credibilidade ao funcionamento da máquina judiciária, chegando ao objetivo de acreditar na decisão proferida por um juízo sem que haja a necessidade de essa decisão ter sido proferida após o último recurso possível. Ou seja, somente se o Poder Judiciário gozar de credibilidade, enquanto *sistema*, produzindo respostas impessoais e coerentes, é que o litigante cogitará a possibilidade de não recorrer de uma decisão ainda não definitiva.

Há, diante disso, uma importante missão a ser cumprida pelos julgadores que não ocupam a posição de vértice na pirâmide do sistema e é, justamente, sobre a relação desse julgador com as manifestações do sistema que teceremos as nossas próximas considerações.

2.3.2 O papel do julgador como peça do sistema judiciário

¹³⁰ Nesse sentido: RIGAUX, 2003, p. 253.

¹³¹ Nesse sentido: MARINONI, 2017, p. 199.

Temos buscado, ao longo deste capítulo, o melhor entendimento sobre o funcionamento sistemático do Poder Judiciário. Chegamos, nesse contexto, à importância das Cortes Supremas nesse funcionamento, com a sua finalidade de uniformização do resultado da prestação jurisdicional, atendendo às demandas de coerência e eficiência do sistema. Houve afirmação, nesse contexto de funcionamento sistemático, que a resposta entregue em uma medida judicial será a resposta do Poder Judiciário (que é uno), e não a resposta do juiz da causa.

Todas essas afirmações, que elevam a importância das Cortes de vértice e que atribuem a produção do sistema ao próprio sistema e não ao julgador, poderiam conduzir à equivocada conclusão de que estamos a menosprezar o papel do julgador em sua individualidade, especialmente do juiz de primeiro grau. A nossa conclusão, no entanto, é diametralmente oposta, no sentido de exaltar a sua importância.

Cumprir afirmar, antes de qualquer apontamento específico, que continuaremos imbuídos do fortalecimento do Poder Judiciário enquanto *sistema*. Assim como em uma máquina, o Judiciário é formado por diferentes componentes que desempenham essenciais, mas diferentes, funções direcionadas para a produção do resultado, objetivo final do sistema. Considerando a essencialidade de cada peça para o funcionamento da máquina, não admitimos a classificação em ordem de importância de cada uma das peças da máquina judiciária, mas, de fato, queremos identificar a constitucional função de cada uma dessas peças, para que verifiquemos a forma mais eficiente possível do exercício dessa função.

Queremos esclarecer que, embora estejamos sustentando a organização hierarquizada do Poder Judiciário, não há diferenciação em ordem de importância entre uma Corte de vértice de um juiz de primeiro grau, ocupante da base da pirâmide, já que o exercício inadequado da sua função por qualquer um dos dois conduziria o sistema ao funcionamento ineficiente ou ao não funcionamento.

Essa afirmação merece uma ilustração. É notório que vivemos, no ambiente do contencioso tributário brasileiro, um ineficiente funcionamento da máquina judiciária, marcado pelo alto grau de judicialização de controvérsias, demora no julgamento definitivo de processos, demora no lançamento tributário, no julgamento de contestações administrativas e no ajuizamento de execuções fiscais. Não queremos, diante desse quadro, fazer crer que o Poder Judiciário é o culpado, mas não temos dúvida de que a sua atuação tem incentivado tais contingências. Veja-se que, não cumprindo a sua finalidade constitucional com eficiência, as Cortes Supremas têm demorado em se posicionar em

controvérsias e alterado o seu entendimento¹³², o que faz descumprir o seu dever de uniformização e estabelece a *consciência* de que os Tribunais e juízes monocráticos podem, de fato, julgar de acordo com o seu próprio entendimento, já que, diante da real possibilidade de alterações, a certeza sobre o direito discutido será qualificada somente pelo trânsito em julgado. “Dançando a mesma música”, as partes no processo não deixam de apresentar todos os recursos possíveis, vislumbrando a possibilidade de um julgamento diferente para o seu caso ou de alteração de entendimento das Cortes de vértice. O resultado, então, é o entupimento de Tribunais, STJ e STF com recursos, demora na finalização de processos e o pior dos efeitos, a não importância da sentença de primeiro grau¹³³. A situação causa insatisfação tanto para os órgãos judiciários, que não produzem eficientemente, e às partes que se submetem à tramitação de um mesmo processo por décadas (o que não é exagero para questões de direito tributário).

À luz das considerações sistemáticas, já apresentamos a função de uniformização das Cortes Supremas, a qual, certamente, deve ser exercida com eficiência e certeza¹³⁴. Cabe-nos, agora, apresentar a função do julgador, estando ele no ambiente monocrático ou colegiado, à luz do funcionamento sistemático do Poder Judiciário.

Avaliando a construção constitucional do sistema judiciário, cumpre-nos buscar o sentido da construção piramidal a partir da sua base, diferentemente do que fizemos até agora, apresentamos a organização a partir do seu vértice. Lembramos, nesse contexto, que a base da pirâmide é ocupada por quase 14.000 juízes, alocados em comarcas ou subseções judiciárias, de modo a se situarem, fisicamente, próximos dos cidadãos. Veja a diferença: os juízes atuam em cidades ou microrregiões (comarcas/subseções), enquanto os Tribunais são apenas um por Estado, sediado em sua capital, e os Tribunais Federais são apenas cinco no Brasil.

¹³² São exemplos de alterações de entendimento: aproveitamento de crédito sobre entrada não tributada, isenta ou alíquota zero no IPI não cumulativo; crédito-prêmio de IPI; IPI sobre revenda de produtos importados; contribuição previdenciária sobre férias gozadas; prazo prescricional para a repetição do indébito tributário; entre outros.

¹³³ Marinoni (2011, p. 134) aponta que a primeira instância, nesses moldes, representa apenas uma longa espera pelas partes para uma prestação jurisdicional de pouca efetividade. Renato Becho (2017, p. 504-504), reconhecendo a pouca importância da decisão de primeiro grau, afirma a necessidade de mudança dessa situação.

¹³⁴ Não faz parte do objeto deste trabalho enfrentar questões atinentes à mudança de posicionamentos pelas Cortes Supremas, assunto delicado, para o qual temos como referências as obras de Misabel Derzi (2009) e Jaldemiro Ataíde Jr. (2012). Não nos furtamos, contudo, de nos posicionar no sentido de que o mudar de posicionamentos é inimigo do exercício da função de uniformização, já que retira a certeza e credibilidade dos posicionamentos firmados, esvaziando, ainda que parcialmente, a sua potência de gerar adesão de órgãos e julgadores inferiores.

Os juízes de primeiro grau são, portanto, a larga via de acesso ao Poder Judiciário e, por seu número e proximidade com as partes, a faixa da pirâmide capaz de resolver um maior número de casos, com maior eficiência.

A função do juiz de primeiro grau é imprescindível para o funcionamento judiciário. Ele é o responsável por delimitar a controvérsia, presidir a instrução, tomar contato com as partes e sopesar as provas produzidas para, então, elaborar a sentença. No primeiro contato com o processo, o juiz é o responsável por sopesar os efeitos do tempo do andamento processual sobre o bem da vida e, considerando a plausibilidade das alegações, decidir sobre tutelas provisórias cautelares ou antecipatórias. No sistema judiciário, o juiz de primeiro grau está investido da capacidade de reparar ilegalidades com eficiência. Ao juiz de primeiro grau cabe o combate do jargão segundo o qual a justiça atrasada não é justa. É, por fim, ao juízo de primeiro grau que caberá presidir, também, a execução de títulos executivos, de modo a entregar às partes o que lhes for de direito, dando o último efeito à prestação jurisdicional.

A posição ocupada pelo juiz de primeiro grau, destarte, é essencial para o adequado funcionamento judiciário e, sem dúvida, deveria receber maior credibilidade pela regulamentação processual infraconstitucional¹³⁵. A capacidade de solução de conflitos em grande volume está na base da pirâmide judiciária.

Toda essa importância, entretanto, não infirma, mas confirma a condição de o juiz de primeiro grau ser mais uma peça no funcionamento judiciário. Ocupando a larga base de pirâmide, a sua função é de julgar com eficiência e proximidade das partes, promovendo a solução de controvérsias, enquanto o caminhar em direção ao cume da pirâmide conduz às funções de correção e de uniformização de entendimentos, já que é natural que, com tão grande volume de juízes, possa existir julgamentos e entendimentos contraditórios.

Considerando, então, que a prestação jurisdicional é promovida pelo Poder Judiciário, e não por um juiz ou um colegiado de julgadores é possível melhor interpretar a relação entre esses órgãos, a partir da função de cada um deles e em favor do mais eficiente funcionamento do sistema.

É nesse contexto que caberá ao julgador, independentemente da posição em que esteja, observar os posicionamentos firmados pelos órgãos que lhe são superiores, com

¹³⁵ O recebimento de apelações com efeito suspensivo (o que é a regra), a remessa necessária, a vedação de compensação antes do trânsito em julgado, as restrições de tutela contra a fazenda pública (especialmente em matéria de tutela coletiva e liminares em mandado de segurança) são exemplos de restrições às decisões de primeiro grau que entendemos inconstitucionais.

competência para, mediata ou imediatamente, julgar potenciais recursos contra a sua decisão. Dizendo por outras palavras, o julgador deverá, por regra, aderir à decisão do sistema, abandonando aquela decisão que lhe é própria.

O fundamento para que isso seja levado a efeito está tanto na demanda de coerência na atuação do sistema, quanto na obrigação de efetividade, questões já abordadas neste trabalho. Sem prejuízo desses fundamentos, há questões também sistemáticas que justificam o dever de observação das manifestações de Cortes superiores.

A primeira das questões está ligada à própria função de uniformização. A partir da função constitucional das Cortes Supremas, o que deve ser aplicado, também aos Tribunais dentro de suas jurisdições, é possível reconhecer o efeito de permitir à sociedade que tenha expectativas determinadas para a solução de demandas, independentemente do juiz presidente de cada processo. Ou seja, considerando a teoria da interpretação, é mais que natural que os posicionamentos de cada um dos 14.000 juízes brasileiros sejam diferentes em função da sua formação, história, classe social, região, ideologia, preferências políticas, sexo etc., o que, sem dúvida, influencia no processo de interpretação e de aplicação do direito. É por essa razão que Frederick Schauer (2016, p. 81) aponta que a observação das manifestações das Cortes tem o efeito de igualar os julgadores, viabilizando uma uniformidade de resposta para a sociedade.

Seguindo o mesmo raciocínio, Lucas Macêdo, após assumir que o juiz, ao decidir, representa o Poder Judiciário falando e não ele mesmo (2016, p. 180), reconhece que o julgador deve abdicar daquela solução que entende, pessoalmente, mais justa para o caso, para aplicar a solução escolhida pelo sistema, que o autor chama de precedente (MACÊDO, 2016, p. 206).

Ao deslocar a importância da pessoa do julgador para a atuação do sistema, um outro efeito de suma importância para o sistema surge, que é a impessoalidade na sua atuação, seguindo, inclusive, específico princípio constitucional, que vincula a administração pública, nos termos do art. 37, *caput*.

Assumir uma prestação impessoal significa a subjugação das condições pessoais que não interessam ao direito, tanto do julgador quanto da parte, ao funcionamento sistemático. A impessoalidade na atuação judiciária é o fundamento inicial da igualdade, que faria imaginar a justiça cega, que não vê as condições pessoais de ninguém.

José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 74) aponta como característica da atuação judiciária brasileira a fundamentação a partir de *opiniões pessoais* dos julgadores. Ou seja, a solução dada pelo julgador a uma controvérsia é aquela solução da qual o procurador de

uma das partes conseguiu convencer pessoalmente o julgador, dificultando a existência de linhas de racionalidade inerentes a um órgão colegiado (RODRIGUEZ, 2013, p. 62-63) e conduzindo juízes monocráticos à prática de condutas arbitrárias, sobre o que o autor comenta (RODRIGUEZ, 2013, p. 75):

Claro, a falta de um padrão incontroverso para avaliar a racionalidade das decisões pode ter efeitos negativos sobre a legitimação do direito se os cidadãos perceberem esse fato da seguinte maneira: cada juiz decide os casos como bem entender, por motivos meramente arbitrários. Esse risco existe de fato. [...]

Para o autor, portanto, vence a disputa judicial aquele que melhor convence o juiz em sua personalidade, o que conduz a prática judiciária às portas da arbitrariedade, esvaziando o conceito básico do Estado de direito. O autor chega ao ponto de qualificar essa prática judiciária como um impedimento à democratização da sociedade brasileira, elevando a importância da sua avaliação ao último grau¹³⁶.

A ciência e a consciência do julgador do seu papel dentro do sistema são questões fundamentais para o Estado de direito. A irrestrita liberdade de fundamentação, que permite aos juízes decidir conforme preferências pessoais, é danosa para a segurança do direito e para o tratamento isonômico entre cidadãos, a partir do que Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 190) aponta a necessidade de uma teoria de definição de limites, o que pretendemos demonstrar, até aqui, a partir do funcionamento constitucional do Poder Judiciário, com o que corrobora Marinoni (2017, p. 75):

[...] Na realidade, é muito fácil ver que independência do juiz nada tem a ver com falta de compromisso como o sistema de que faz parte. Aliás, essa pretensa “liberdade do juiz” nega a liberdade do cidadão, uma vez que esse, para ser livre, deve poder prever as consequências jurídicas das duas condutas. [...]

A irrestrita liberdade do julgador, ao ponto de tornar imprevisível a sua manifestação, nega, certamente, a liberdade do cidadão, incapaz de conhecer o direito – já que impossível prever o resultado de uma controvérsia –, ferindo o Estado de direito. Somente o posicionamento sempre coerente do Poder Judiciário é que viabiliza o seu eficiente funcionamento, com o cumprimento da função constitucional de cada uma das suas partes.

¹³⁶ São as suas palavras (RODRIGUEZ, 2013, p. 105-106): “Este é um dos capítulos do processo de democratização do Brasil, a luta pela despersonalização da jurisdição; agenda que permanece oculta para estudiosos de ciências sociais e de econômicas, que abordam o direito de fora, sem levar em conta sua dinâmica argumentativa do ponto de vista de seus protagonistas. Por isso mesmo, toda esta literatura tem sido incapaz de detectar esta movimentação de disputa pelo padrão de justificação das decisões jurisdicionais, processo que será referido como: ‘luta pela justificação’.”

Veja-se que, conforme já apresentamos, o regime misto de controle da constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988 entrega potente poder ao julgador ordinário, de primeiro ou de segundo grau, de afastar a aplicação de uma lei sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. Diferentemente dos países que tradicionalmente adotam esse modelo, contudo, o julgador brasileiro não se vê constrangido a seguir posicionamentos firmados por Cortes que lhe sejam superiores, o que é, em muitos casos, causa para altíssima instabilidade no sistema de direito positivo, com desigual tratamento entre sujeitos de direito em igual situação. Queremos, com isso, dizer que o sistema de controle difuso da constitucionalidade, sob pena de sua ineficácia, demanda a observação dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, conforme já afirmamos acima. Segundo Marinoni (2011, p. 77), não há racionalidade capaz de explicar a entrega de competência para que um juiz julgue a constitucionalidade, mas esteja livre de seguir posicionamentos da última Corte competente para dizer sobre o mesmo assunto.

A atuação sistemática do julgador, enquanto peça, e não enquanto unidade autônoma, demanda a verdadeira atuação moral (sob o viés de honestidade) para, em vez de produzir um discurso de fundamentação pautado exclusivamente em seu ponto de vista, enfrentar os argumentos apresentados pelas partes e os posicionamentos das Cortes que lhe sejam superiores. Não é honesta a postura de decidir ignorando (ainda que sob bons fundamentos) o que o sistema diz sobre aquele caso, submetendo a parte ao desgaste da apresentação de recursos direcionados à busca daquele que é o posicionamento do sistema.

O Código de Ética da Magistratura Nacional¹³⁷ não deixa escapar o dever de o juiz decidir de forma racional, argumentando conforme o direito positivo vigente. A racionalidade, evidentemente, não deve ser apenas interna à decisão, que deve gozar de encadeamento lógico de ideias e não contradição, mas com sistema em que inserido o juiz, de maneira a permitir à sociedade o conhecimento do posicionamento judiciário¹³⁸. O mesmo deve ser dito do teor do art. 93, IX, da Constituição Federal, que impõe o dever de fundamentação ao juiz para decidir; fundamentação essa que, evidentemente, deverá estar pautada no sistema de direito positivo e de organização judiciária, sob pena de que se

¹³⁷ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 6 de agosto de 2008, nos autos do Processo n. 200820000007337.

¹³⁸ É o dispositivo: “Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.”

tenham, apenas, decisões arbitrárias e ilegais, mas bem fundamentadas. Trata-se, portanto, de questão de abandono do egoísmo, que Abbagnano (2007, p. 307) assim define:

EGOÍSMO (in. *Egoism*; fr. *Égoïsme*; ai. *Egoismus*; ital. *Egoísmo*). 1. Termo criado no séc. XVIII para indicar a atitude de quem dá importância predominante a si mesmo ou aos seus próprios juízos, sentimentos ou necessidades, e pouco ou nada se preocupa com os outros. Platão já achava que o “amor desmesurado por si mesmo” (que nada tem a ver com a *filáucia* de que falava ARISTÓTELES, V. AMOR DE SI) é a causa de todas as culpas dos homens (Leis, V, 731e). Muitas vezes o E. foi considerado atitude natural do homem. [...]

O julgador deve saber que faz parte de um sistema, organizado, voltado para uma finalidade, e deve, diante disso, atuar em favor do cumprimento eficiente dessa finalidade, e não voltado para a produção de manifestações que satisfaçam o seu ponto de vista ou as suas pretensões pessoais. O julgador deve despir-se, totalmente, do egoísmo, para atuar em favor do sistema que compõe.

A atuação nesse formato tem a consequência de deslocar a discussão jurídica para questões racionais e objetivas, e não apenas para a necessidade de convencimento pessoal do juiz. Mais que isso, tem o efeito de viabilizar o conhecimento do direito, que será aplicado com isenção de preferências pessoais. Rodriguez (2013, p. 110) apresenta interessante comentário:

Mais um ponto importante: a questão da segurança jurídica. No modelo de justiça opinativa, há padronização de decisões sem consideração alguma sobre seu fundamento, como já visto. Por isso mesmo, a estabilidade destes padrões depende mais da pessoa dos juízes envolvidos nos julgamentos do que da racionalidade da argumentação. Para decidir em desconformidade com o padrão, não há ônus argumentativo algum, ou seja, o juiz não precisa vencer os argumentos que fundamentam o resultado, pois eles são irrelevantes. Um modelo de segurança jurídica que se assente não nas pessoas, mas nos fundamentos da decisão evidentemente despersonaliza o processo decisório. Adotado um determinado argumento como fundamento da decisão, pouco importará a pessoa do juiz. Para vencê-lo, será necessário argumentar de maneira racional para convencer os demais juízes do tribunal de sua incorreção para o caso.

Logo, a atuação judiciária deve ser marcada pela impessoalidade na atuação do julgador, que deverá decidir não de acordo com a sua opinião sobre o caso, mas de acordo com a resposta pretendida para o sistema para aquela situação. Essa resposta, em grande parte das vezes, dependerá da ciência e do respeito pela posição das Cortes que lhe sejam superiores.

Atuar deixando opiniões e posições pessoais em segundo plano tem o resultado de despersonalizar a atuação judiciária, oferecendo condições para que a sociedade possa compreender o funcionamento do sistema judiciário como um todo, e não supor que cada juiz tenha o seu jeito de decidir e/ou o seu posicionamento pessoal diante de controvérsias.

Seguindo as lições de Rodriguez, isso deixaria a atuação racional (impessoal) um pouco previsível e coerente. Ou seja, o sistema funcionaria para o cumprimento eficiente de sua finalidade, como todas as peças atuando de acordo com a sua função.

Ainda sobre a despersonalização da jurisdição, conforme já expusemos, a organização constitucional judiciária determina a evolução da posição do magistrado em direção ao todo da pirâmide de acordo com a sua experiência e merecimento (o que entendemos como competência no exercício da sua função) e, ainda, estabelece os requisitos do notável saber jurídico e da reputação ilibada para a ocupação de uma posição de Ministro do STJ ou STF. Essa “progressão” de carreira também tem o seu efeito sobre a atuação do magistrado.

Isso porque, o caminhar da carreira de um magistrado é marcado, considerando as determinações constitucionais, pela evolução na medida da evolução da experiência (antiguidade) e competência no exercício da função (merecimento) do próprio magistrado, de maneira que não é falso afirmar que as posições no caminho do vértice da pirâmide são ocupadas por julgadores cuja experiência e competência são, em teoria, superiores às dos julgadores que lhes são inferiores na pirâmide.

Isso deve ser razão para que o julgador de grau inferior, além da possibilidade de reforma da sua decisão, guarde respeito pelas posições manifestadas pelos órgãos de julgamento que lhe sejam superiores, sabendo que aquelas posições são ocupadas por alguém que, de acordo com os requisitos constitucionais, tende à melhor capacidade de solução de controvérsias.

Adotar essa postura, além de submeter o egoísmo à atuação sistemática, representa a melhor compreensão do sentido de a Constituição Federal ter organizado o Poder Judiciário em uma estrutura hierárquica com os requisitos de antiguidade e competência, além do notório saber jurídico e da reputação ilibada, para a sua escalada.

Aderimos à posição de Lucas Macêdo (2016, p. 179) para dizer que esse formato de atuação não tem o efeito de transformar o juiz em um ser autômato, mas, apenas, de determinar-lhe uma atuação voltada para o resultado eficiente do sistema judiciário, e não para uma atuação que lhe seja a mais correta à luz dos seus pontos de vista.

Ademais, será sempre essencial que o julgador interprete e sopesse as manifestações das Cortes que lhe sejam superiores com os fatos específicos a cada demanda.

Também não estamos a sustentar o abandono do direito positivo para que julgamentos sejam proferidos de acordo, única e exclusivamente, com as manifestações jurisprudenciais. Conforme já tivemos a oportunidade de expor, o modelo em questão advém

da participação das Cortes na formação da norma jurídica, por via da sua atribuição de significações para o direito positivo. Para que se *encontre* o conteúdo da norma jurídica é de suma importância considerar as manifestações do Poder Judiciário (inclusive para os seus membros), sob pena de a interpretação promovida ser absolutamente inócua. Lembramos a afirmação de François Rigaux (2003, p. 323): “quanto mais se eleva a posição hierárquica judiciária, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa”, para ressaltar a importância da manifestação dos julgadores cuja posição se aproxima do ápice da pirâmide, atribuindo às suas manifestações a força de *quase lei*.

Ao julgador caberá, portanto, a consciência da sua posição de apenas uma peça integrante de um sistema cuja finalidade é a prestação eficiente da tutela jurisdicional. A sua atuação, portanto, deverá ser marcada pela preocupação com a resposta a ser produzida pelo sistema judiciário, e não por ele mesmo, de modo que a observação das manifestações precedentes do sistema deverá ser por ele realizada, seja por respeito à posição hierárquica, seja em favor da eficiente prestação, na tentativa de não submeter as partes ao recurso para obtenção da tutela consonante com a posição do Poder Judiciário.

Tendo sido avaliada a atuação sistemática de acordo com a posição do julgador, verificaremos, a seguir, o que são essas *manifestações* das Cortes sobre as quais tanto temos falado, já que, até o presente momento, evitamos tratá-las como precedente ou jurisprudência. Vejamos.

2.3.3 *Precedente e jurisprudência: o que entender?*

Depois de inúmeras considerações sobre o funcionamento sistemático do Poder Judiciário a partir da sua organização constitucional e considerando, especialmente, as manifestações das Cortes Supremas, cumpre-nos, neste momento, tecer considerações sobre quais são essas manifestações, como identificá-las e verificar se há alguma especificidade entre elas no seu manuseio pelas Cortes e julgadores inferiores.

Este item também tem o objetivo de estabelecer uma ponte entre todos os argumentos até agora apresentados, princípios e estruturação constitucional, com a segunda parte deste trabalho, onde buscaremos alguma comparação entre o sistema brasileiro e suas especificidades e a doutrina do *stare decisis* típica dos sistemas de *common law*. Naturalmente, nos esforçamos sobremaneira para a fixação de premissas à luz do sistema

constitucional brasileiro, de maneira que, no terceiro capítulo do trabalho, não promoveremos uma importação automática de conceitos, mas uma comparação entre a importância das manifestações judiciais para os próprios Poderes Judiciários no sistema brasileiro e no modelo de *common law*.

Muito se fala na crescente importância dos *precedentes* no sistema jurídico brasileiro, em grande parte com fundamento nas alterações promovidas pelas Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008 no Código de Processo Civil de 1973¹³⁹, que regulamentaram a repercussão geral e criaram a sistemática de julgamentos de recursos representativos de controvérsia, e no Novo Código de Processo Civil, a Lei n. 13.105/2015, que, além de manter as alterações promovidas no CPC/1973, ampliou o número de dispositivos que investiriam as manifestações de Tribunais de maior potência. Sem prejuízo dessas disposições legais, que serão apresentadas oportunamente, para mantermos fidelidade a uma das premissas deste trabalho, as nossas considerações partirão das determinações constitucionais que temos avaliado até o presente momento.

Para a apresentação do conceito de precedente é inescapável apontarmos a origem do termo, tal qual usado atualmente, no direito inglês, que, carente de legislação codificada, é baseado nos costumes (*common law*), que são expressados pelo Poder Judiciário no momento da solução de casos concretos. Veja-se que naquele modelo de direito as relações interpessoais são regulamentadas pelos *costumes*, os quais, segundo Mario Losano (2007, p. 319), são repetições que são consideradas como o bom comportamento, de modo que, diante de uma controvérsia, cabe ao Poder Judiciário identificar o costume ou o princípio fundamental que deveria regular aquela situação, proferindo uma decisão para pacificação da situação. Veja-se que, naquele modelo, ao menos inicialmente, o julgador busca o substrato jurídico para a solução da lide no campo da pragmática, expondo o direito consuetudinário capaz de resolver a contenda¹⁴⁰.

Diante da *insegurança* advinda da falta de um ordenamento jurídico codificado, aponta-se que, por volta do ano de 1494 (ALLEN, 1939, p. 186), os representantes das partes em processos judiciais passaram a argumentar que o julgador deveria respeitar julgados anteriormente proferidos, como forma de dar bons exemplos para aqueles que, atentos às posições do Poder Judiciário, as seguiam no seu dia a dia.

¹³⁹ Incluíram os arts. 543-A, 543-B e 543-C no CPC/1973.

¹⁴⁰ No capítulo seguinte aprofundaremos essa apresentação para melhor comparação com o modelo brasileiro, de *civil law*.

Foi a falta do direito escrito codificado, como elemento de segurança, que fez nascer a argumentação, no *common law*, com fundamento em julgados *precedentes*, já que esses julgados eram os únicos elementos formais para que a sociedade verificasse a melhor forma de pautar suas condutas.

Como será oportunamente apresentado, a arcaica argumentação com o precedente para dar um *bom exemplo* para a sociedade evoluiu para a muito bem fundamentada teoria do *stare decisis*. Também evoluiu, desde essa primeira apresentação datada do século XV, a forma de as Cortes inglesas divulgarem os seus julgados e de o Poder Legislativo lidar com questões sensíveis à sociedade, muitas delas hoje tratadas por legislação, típica de *civil law*.

Precedente, nesse contexto, é o julgamento anterior promovido pelo Poder Judiciário de uma situação que se repute análoga à situação em julgamento, definição que compreende, portanto, apenas a repetição de uma situação perante uma mesma autoridade (Poder Judiciário). Sobre a argumentação com precedentes, Frederick Schauer (2016, p. 50) anota que, em sua mais básica formulação, se trata de questão natural à racionalidade humana, ligada à expectativa de repetição de situações e dispensa de tratamento isonômico, o que o autor exemplifica com o corriqueiro caso de um filho que pede ao pai mesma permissão que concedida ao irmão, quando em igualdade de condições¹⁴¹.

Precedente, em sua primeira e mais simples apresentação, destarte, é a decisão prévia proferida pelo Poder Judiciário em um caso análogo.

A evolução do conceito de *precedente* causa o seu imbricamento com o conceito de *jurisprudência*, de modo que se faz mais produtiva a sua definição neste momento.

Seguindo a posição de Renato Becho (2015, p. 177), a jurisprudência é o conjunto de decisões que marcam a posição de uma corte sobre determinado assunto. São posições sobre as quais parem concordância entre órgãos de julgamento fracionados ou sobre as quais o órgão de julgamento concentrado tenha decidido.

É importante que reiteremos, sobre essa definição, a essencialidade de que desse conjunto de decisões seja possível extrair um posicionamento do órgão ou da Corte de julgamento. Queremos dizer que, ao afirmarmos que a jurisprudência de uma determinada Turma de julgamento é no sentido tal, queremos dizer que aquela Turma possui posicionamento firmado naquele sentido, promovendo manifestações uniformes em decisões.

¹⁴¹ No mesmo sentido: MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 1.

Devemos reconhecer, contudo, que o termo *jurisprudência* tem sido usado apenas como um conjunto de decisões, dispensando o seu atributo de marcar, com clareza, a posição de um órgão ou Corte de julgamento. O uso, pelos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015, das expressões *jurisprudência dominante*, *jurisprudência predominante* e *jurisprudência pacificada*, atesta o conceito de *jurisprudência* enquanto apenas conjunto de decisões, sem demandar a capacidade de identificação do posicionamento do órgão ou da Corte.

Esse uso resultou na perda de sentido do termo, que passou a corresponder a *decisões*. Resultado disso é que passou, no Brasil, a ser possível a sustentar a existência de *jurisprudência* para todos os casos e em qualquer sentido, de modo que juízes e advogados, em muitas das vezes, fundamentam os seus pedidos e decisões na *jurisprudência* desta ou daquela Corte, citando apenas os julgados que lhes convêm para o caso e ignorando julgados contrários da própria Corte citada.

Talvez pelo abandono da necessidade de identificação de um posicionamento na *jurisprudência*, que deixou de ser qualitativa para ser quantitativa, é que ganhou força o uso do termo *precedente* no ambiente jurídico-judiciário brasileiro, já que se precisava de um elemento inerente à segurança e coerência para que se identificassem os posicionamentos das Cortes de julgamento. A partir daí, um conceito passa a servir o outro em suas definições. Dentre essas definições, separaremos duas delas como exemplos.

Na primeira, a definição e diferenciação entre *jurisprudência* e *precedente* é promovida a partir de elementos quantitativos. Vejamos, nesse ponto, a definição de Ronaldo Cramer (2016, p. 72):

Vale lembrar que *jurisprudência* não é uma palavra com apenas um sentido. Pode significar ciência do Direito (vejam-se, como exemplo) as faculdades de Direito italianas, que são denominadas *facoltà di giurisprudenza*); ou a atividade dos tribunais genericamente considerada; ou, ainda, o entendimento dos tribunais ou de um tribunal sobre determinada questão.

A distinção entre *precedente* e *jurisprudência* é praticamente quantitativa. *Precedente* refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que *jurisprudência* é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito de mesma questão.

Assumindo a diferenciação proposta, nos manteríamos próximos da definição de *precedente* enquanto, apenas, uma decisão proferida em caso pretérito, passível de repetição de caso presente, tendo em vista a semelhança entre casos.

Talvez influenciada pela desenvolvida utilização de precedentes no direito inglês¹⁴², há doutrina que aponta uma diferenciação um tanto quanto complexa entre jurisprudência e precedente, que representaremos pelas palavras de Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 328-332):

A expressão “direito jurisprudencial” é de uso habitual nos países de tradição de *civil law*. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo indicando uma linha de entendimento dos tribunais. Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua *origem (pedigree)* a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes.

Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões retiradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato.

Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts somados* a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. Por esta razão, não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade. Como veremos adiante a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma “persuasiva” e não há sentido falar em precedentes “persuasivos”. [...]

Avaliando o sistema brasileiro, o autor aponta a clareza da natureza de precedente das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade ou das suas manifestações por via de súmulas vinculantes (ZANETI JR., 2017, p. 332-333). Na passagem citada, o autor, se aproximando de doutrina do *common law* (que será explorada adiante), destaca a importância das razões fundamentais daquilo que seria um precedente, dizendo ser este o ponto de sua aplicação em casos posteriores.

Seguir a posição defendida por essa corrente significa reconhecer no precedente uma decisão qualitativamente diferente de outras decisões judiciais. Ao precedente é atribuída força de fonte do direito, capaz de, por seu conteúdo, vincular aqueles mesmos julgadores

¹⁴² Peczenik (2016, p. 464-465) diz que, além dos limites do Reino Unido, todos os países, inclusive os Estados Unidos da América, têm sérias dificuldades na discussão do conceito e aplicabilidade de precedentes.

que proferiram a decisão precedente, como outros julgadores, em posição de inferior hierarquia na organização judiciária.

Diante da controvérsia na definição, faz-se necessário apresentarmos a posição sobre precedente e sobre jurisprudência que usaremos neste trabalho.

O primeiro pressuposto para a definição que pretendemos usar está no exercício da finalidade do Poder Judiciário: resolver controvérsias aplicando o direito positivo. O Poder Judiciário, no exercício da sua função, portanto, não produz jurisprudência, precedentes ou súmulas, mas decisões, apenas. Mediante provocação da parte interessada, o sistema judiciário produz uma decisão voltada para a estabilização de conflitos, fundada no direito positivo. Como vimos, ainda, a organização judiciária brasileira delega às Cortes de vértice o exercício de função nomofilática, ou seja, de uniformização da aplicação do direito, de maneira que essas Cortes deverão decidir casos, mas com a verdadeira finalidade de unificar a interpretação do direito positivo constitucional ou infraconstitucional. Ainda que por Cortes Supremas, a solução de casos será promovida por decisões.

O Poder Judiciário, portanto, se ocupa de decidir, função que lhe é típica.

Se a manifestação do Poder Judiciário será sempre uma decisão, a existência de uma decisão prévia sobre um caso análogo submetido a julgamento deverá ser, sem dúvida, considerada um precedente. Uma decisão não nasce precedente, mas é a sua observação em caso posterior que assim a qualificará (ABBOUD, 2016, p. 404). Um precedente, portanto, é uma decisão, fruto do curso natural de um processo que precedeu o processo em análise (MARINONI, 2017, p. 217). A sua qualificação por precedente deve ser determinada apenas pelo tempo de sua análise.

Diferentemente da tarefa de identificar um precedente é a tarefa de atribuir-lhe a sua importância. A atribuição de importância ao precedente deve ser feita considerando a organização constitucional do Poder Judiciário, de modo que *decisões precedentes* de Cortes que podem rever decisões proferidas nos casos em análise devem ser observadas pelo julgador, preferencialmente com a sua adesão, considerando o funcionamento coerente do sistema judiciário.

A organização judiciária hierarquizada, como já apresentamos, tem a finalidade específica de racionalizar o funcionamento sistemático do Poder Judiciário, de maneira que, havendo decisão precedente do Tribunal, deveria ser natural ao juiz de primeiro grau aderir ao posicionamento expressado.

Será normal, em despeito da possibilidade de adesão, que outras decisões sejam proferidas por aquele mesmo Tribunal que teve a decisão usada como *precedente* e que

existam divergências entre julgadores e órgãos de julgamento internos à Corte, o que faria instável o funcionamento coerente do sistema judiciário. Neste caso, serão implementados os recursos voltados à uniformização de entendimento, momento após o qual deverá ser possível identificar o posicionamento do Tribunal sobre aquele determinado assunto.

Diante desse quadro, todas as decisões, a primeira, a divergente ou a de uniformização, poderão ser apresentadas como precedentes para julgamentos futuros. Considerando a possibilidade de inúmeras decisões precedentes, a capacidade de uma decisão de capitanear adesões estará diretamente ligada à credibilidade que o Tribunal ou o órgão de julgamento possui perante os juízes de primeiro grau ou, por que não, perante os seus próprios membros.

Fato é que, assumida a posição do Tribunal perante um caso em que haja solução de divergência, cria-se uma decisão que deverá ser usada como precedente para a solução de casos análogos perante toda a jurisdição daquela Corte, seja pelos próprios órgãos colegiados de julgamento, seja pelos juízes de primeiro grau. O dever de adesão tem fundamento no funcionamento sistemático do qual temos falado e, por conseguinte, a finalidade de permitir ao Poder Judiciário uma atuação eficaz e coerente.

Neste ponto, a decisão de uniformização, a ser tratada como precedente no julgamento de casos que lhe são posteriores, após adesão pelos órgãos fracionários de julgamento, permite que seja apontada a existência de *jurisprudência* daquele Tribunal sobre o assunto, ou seja, a sua posição.

A nossa posição de interesse, sem prejuízo da dinâmica de uma decisão precedente perante um Tribunal, está nas decisões das Cortes Supremas que possam ser usadas como precedentes. Explicamos.

As Cortes Supremas, conforme temos apontado, possuem como função precípua a uniformização do sentido da lei federal e da Constituição Federal, de maneira que as decisões proferidas por essas Cortes devem ser avaliadas à luz do exercício dessa função constitucional. Sem prejuízo dessa especialidade, uma decisão será um precedente da mesma forma que outras decisões proferidas por outras Cortes; a diferença, contudo, estará na sua importância. Cruz e Tucci (2004, p. 187), a partir da função das Cortes Supremas, afirma a importância das suas manifestações:

O precedente judicial é, pois, um fenômeno extremamente difuso, presente e importante nos ordenamentos de civil law, cada vez mais reforçado pela função nomofilática das Supremas Cortes.

Partindo disso, conforme já reconhecemos, ao desempenhar a função de uniformização, a Corte Suprema deve preocupar-se com a universalidade da sua decisão, decidindo o caso concreto de maneira que facilite o entendimento de todo o sistema judiciário sobre o sentido da norma jurídica controvertida.

Sendo a função da Corte a uniformização, à luz do funcionamento do sistema judiciário, parece absolutamente adequado que, a partir de uma decisão proferida pela Corte Suprema, ainda que por seu órgão fracionário, deve ser a adesão pelo Poder Judiciário àquela decisão. Repetimos: aquela decisão tem a finalidade de uniformizar entendimentos.

Vale observar, nesse sentido, que a decisão proferida pela Corte Suprema continua a ser um precedente, mas com outro grau de importância. Com jurisdição nacional e competência para a reforma de decisões de todos os Tribunais, a existência de um precedente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal deve ter o efeito de estabilizar controvérsias, fazendo com que todos os demais órgãos do sistema judiciário a ele adiram, proferindo manifestações coerentes em seu sentido. É verdade que, havendo divergência interna à Corte Suprema, esta deverá resolver a controvérsia de modo a esclarecer o seu posicionamento, permitindo aos juízos inferiores o claro entendimento sobre o sentido da norma em discussão.

Daniel Mitidiero (2017, p. 83) trata precedente como uma decisão generalizável, que visa à determinação de previsibilidade do direito. Essa definição, embora qualifique o precedente para além de uma decisão prévia, parece-nos adequada para definir as manifestações das Cortes Supremas.

O precedente, no nosso entendimento, será sempre uma decisão prévia, cuja aplicação se discute em um caso atual. A diferença, contudo, está na qualificação do precedente da Corte Suprema, tendo em vista a sua função constitucional de uniformização. Considerando a hierarquia, atuação sistemática (com as suas demandas de eficiência e coerência) e os princípios constitucionais da segurança jurídica, Estado de direito e igualdade, deve haver adesão do Poder Judiciário ao precedente das Cortes Supremas, questão que será objeto de aprofundamento no capítulo próximo.

Ainda, seguindo a posição de Cramer, acima exposta, é adequado entender que de precedentes poderá ter origem a jurisprudência de um Tribunal, consubstanciada na possibilidade de identificação da posição da Corte sobre um determinado assunto.

Cumpre-nos observar, ainda, que não pretendemos, neste momento, entrar em questões atinentes à forma de utilização dos precedentes. Uma parte da doutrina, como ficou claro com a citação de Zaneti Jr., trabalha com precedentes a partir da identificação da *ratio*

decidendi de cada julgado, o que não é questão para o momento. A proposta para o momento é que, considerando a natureza das discussões de direito tributário, qualificáveis como coletivas de natureza individuais homogêneas, todo o sistema judiciário saiba da necessidade de observação dos precedentes das Cortes Supremas, ainda que somente pelo seu resultado de julgamento.

É evidente que apontar o dever de observação do resultado não deve significar a abertura para que sejam proferidas decisões não coerentes entre si. Assumido um determinado fundamento para uma decisão, também para o fundamento, sempre que analisadas questões similares, as posições das Cortes devem se manter rígidas.

O fato de as nossas considerações estarem pautadas, até o presente momento, em fundamentos de índole constitucional e ligados ao funcionamento judiciário, afasta, por ora, a nossa intenção de análise das determinações infraconstitucionais sobre participação de precedentes no funcionamento judiciário. Sem negar a importância desses dispositivos, cumpre-nos deixar claro que estamos a sustentar o protagonismo das manifestações das Cortes Supremas independentemente de qualquer dispositivo infraconstitucional que determine algum tipo de vinculação.

Chegando ao final deste capítulo, esperamos ter obtido êxito em apresentar o Poder Judiciário enquanto um sistema e, partir da sua organização constitucional, demonstrar o seu funcionamento, considerando, mais detidamente, a função das Cortes Supremas, o que conduz à avaliação das suas decisões à luz do conceito de *precedente*, oriundo do modelo de *common law*.

Nesse ponto, considerando a crescente explicação por parte da doutrina de fenômenos brasileiros a partir de insumos doutrinários e institutos típicos de *common law*, reputamos pertinente a elaboração de uma comparação entre o modelo constitucional brasileiro, na forma em que exposto até o presente momento, com o modelo de *common law*, para a verificação da existência, ou não, de elementos de intersecção, que nos permitam um melhor entendimento da forma de funcionamento do *sistema judiciário* e da sua participação na formação do direito. Passemos, então, à nossa proposta de aproximação entre o *civil law* brasileiro e o modelo de *common law*.

3 UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*: A APLICABILIDADE DO *STARE DECISIS* NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 Justificativa e delimitação da análise

Ao longo do caminho percorrido até o presente momento, foram apresentadas considerações de natureza material (princípios) e formal (organização constitucional judiciária) que poderiam resultar na conclusão de que o sistema brasileiro, atualmente, se aproxima, sobremaneira, da práxis típica de um sistema de *common law*.

Essa conclusão, embora possa ser dada por verdadeira, demanda profunda avaliação sobre os seus limites, de modo que, com alto rigor, o cientista do direito deverá perquirir a extensão do campo de contato desses dois sistemas e a respectiva capacidade de produção de efeitos no sistema brasileiro.

Lembramos, nesse sentido, que a base do Estado democrático de direito brasileiro está fundada no princípio da legalidade, de maneira que a ilimitada adoção das práticas de *common law* pode resultar na mitigação da aplicação desse fundamental princípio, abrindo caminho para a prática de arbitrariedades pelo sistema judiciário. Teremos sempre em primeira importância a proteção dos princípios constitucionais vigentes no Brasil.

Ainda sobre o princípio da legalidade, é muito importante esclarecermos que a lei em sentido estrito é a baliza de necessária observação para a solução de conflitos entre particulares e entre particulares e Estado, de maneira que temos como objeto deste trabalho a proposta para melhor conduta judiciária em casos em que a aplicação da lei é controvertida e disforme entre diferentes juízos, ocasionando, conforme já tivemos oportunidade de demonstrar, a fragilização do princípio da segurança jurídica e da igualdade.

Vale frisar: não abandonamos o modelo de direito brasileiro, determinado pelo monopólio do Poder Legislativo na criação de obrigações legais contra o cidadão e para a atuação estatal.

Sem prejuízo da rigidez da nossa posição, provocados por algumas afirmações doutrinárias (ZANETI JR., 2017, p. 111; CRAMER, 2016, p. 2) no sentido da aproximação dos modelos de *civil law* e de *common law*, pretendemos verificar os limites de tal

aproximação, deixando claro, como temos feito desde o início deste estudo, que buscaremos fundamentos para o nosso argumento somente no ambiente constitucional. Não nos ocuparemos, pelo menos não a título de argumento primário, da recente entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil brasileiro, a Lei n. 13.105/2015. Seguiremos, no que se refere ao modelo brasileiro, os apontamentos dos dois primeiros capítulos deste trabalho.

Além disso, não nos comprometeremos sobremaneira com a evolução histórica dos dois modelos, buscando apenas as características de ambos que sejam determinantes para a tese que se pretende constituir, pelo fortalecimento da atuação sistemática do Poder Judiciário brasileiro.

Tenha-se claro, portanto, que não será proposta a importação de um modelo de prática judiciária típica de países com cultura, valores e história diferentes do Brasil (NUNES, 2015, p. 181). É muito importante lembrar, seguindo as premissas estabelecidas, que, produzida a lei pelo Poder Legislativo, a sua interpretação e aplicação são atos praticados por homens, que, nesse processo, imprimem no seu produto (norma jurídica), ainda que imperceptivelmente, a sua experiência, cultura, ideologia e história.

É por isso que a pragmática judiciária brasileira, como em qualquer outra soberania, assume características próprias decorrentes do nosso ordenamento jurídico e da nossa cultura, de modo que também à luz da nossa cultura e direito é que devemos avaliá-la. Nada impede, evidentemente, que haja a comparação com outros modelos para “importações” doutrinárias, desde que essas sejam passíveis de captação e adaptação para a realidade do modelo constitucional brasileiro e, também, para a práxis do nosso Poder Judiciário¹⁴³.

Foi sob tais fundamentos que nos ocupamos, nos dois primeiros capítulos deste trabalho, da apresentação de fundamentos exclusivamente constitucionais brasileiros para que as manifestações, especialmente das Cortes Supremas, sejam objeto de adoção por todo o sistema judiciário do nosso país. A partir de agora, então, apresentaremos elementos que possam, de fato, conectar os sistemas de *civil* e *common law* em favor da atuação sistemática judiciária, velando pelos princípios do Estado democrático de direito, da segurança jurídica, da igualdade, da efetividade da tutela e da eficiência e moralidade administrativas.

¹⁴³ Sobre a diferenciação entre modelos e a necessidade de percepção de diferenças nas comparações: ABBOUD, 2012, *et al.*

Somos estimulados para adentrar nessa comparação não só pela doutrina nacional¹⁴⁴, mas também pela doutrina estrangeira exposta por cientistas oriundos de ambos os modelos de direito, que afirmam a aproximação entre o *civil* e o *common law*. Vejam-se, nesse sentido, os apontamentos de MacCormick e Summers (2016, p. 2), ao introduzirem a obra *Interpreting Precedents*¹⁴⁵, em que se estudou a importância dos precedentes em inúmeros sistemas de *civil law* e de *common law*:

[...] It is trite learning that precedents count for less in civilian legal systems than in those of the common law, and it has sometimes been doubted whether they stand for anything much at all in the civilian systems. The present work shows the doubt to be groundless. Here it is shown that precedent counts for a great deal in civilian systems. The tendency to convergence between systems of the two types is a salient fact of the later twentieth century, although there remain real differences, some of great importance¹⁴⁶.

Os autores, oriundos do sistema de *common law*, manifestam posição no sentido da aproximação dos dois modelos. Reconhecem, contudo, a existência de diferenças entre eles, de modo que a superposição não criteriosa entre os dois modelos poderá resultar em conclusões inadequadas, com o que nos preocuparemos ao longo deste texto.

Cumprido apontar, ainda, que a aproximação entre os dois sistemas é concretizada não só pela importância da *jurisprudência* no modelo de *civil law*, mas também na crescente importância e utilização da legislação no sistema de *common law* (SUMMERS, 2016, p. 365).

Não é diferente a posição manifestada por François Rigaux (2003, p. 153), que afirma:

Por mais profunda que pareça a diferença entre os países de direito escrito e os de direito comum (*common law*), a função criadora da jurisprudência não se limita apenas aos países do segundo grupo, ainda que neles seja mais tradicional do que nos países do primeiro. Uma evolução convergente aproximou as duas tradições. Nos Estados Unidos assim como no Reino Unido, multiplicaram-se as leis (*acts, statutes*), cuja interpretação deixa menos liberdade do que nas matérias ainda regidas pelo *common law*, enquanto a doutrina da exegese é rejeitada quase totalmente e se firma a ideia de que o juiz tem a missão de cobrir as lacunas da lei e de fazê-lo com métodos mais livres do que permitia a jurisprudência conceptual.

¹⁴⁴ Destacamos, além das obras já referidas, os textos de Marinoni (2011, *et al.*) e MITIDIERO (2017, *et al.*), sustentando a valorização da jurisprudência no ambiente judiciário brasileiro a partir, também, de comparações entre os dois sistemas.

¹⁴⁵ Em tradução livre: Interpretando precedentes.

¹⁴⁶ Em nossa livre tradução: “[...] É conhecimento comum que os precedentes valem menos nos sistemas jurídicos de *civil law* do que nos de *common law*, sendo que, às vezes, há dúvida sobre se eles têm alguma relevância nos sistemas de *civil law*. O presente trabalho mostra que essa dúvida é infundada. Aqui é mostrado que o precedente tem grande importância nos sistemas de *civil law*. A tendência de convergência entre os dois sistemas é um claro fato do final do século XX, embora ainda haja diferenças reais, algumas de grande importância.”

O autor, de naturalidade belga (*civil law*), manifesta também a sua opinião pela convergência dos dois modelos. A mesma opinião é manifestada também por Mario Losano (2007, p. 345) e René David (1998, p. 88-89), após analisarem modelos de direito utilizados pelas mais diferentes soberanias.

Parece certo afirmar, portanto, que algum tipo de aproximação entre os dois modelos está atualmente em curso, de maneira que nos cabe verificar quais são os limites dessa aproximação para que possamos afirmar os seus efeitos no sistema brasileiro.

Para isso, iniciaremos a avaliação da questão a partir daquela que é a diferença básica entre os dois modelos de direito, qual seja, a fonte tradicional do direito, sendo para um deles a legislação e, para o outro, os costumes.

3.2 Uma questão de fontes do direito

Ao longo deste item buscaremos promover alguma comparação entre as fontes do *civil law* e as fontes do *common law*, por considerarmos ser este o ponto de especial atenção no que se refere à comparação entre esses dois grandes modelos, sabendo que, no ambiente do segundo, a *jurisprudência* possui posição de maior importância do que no primeiro. Para entender essa diferença, voltemos ao início dos dois sistemas, com especial foco no sistema de *common law*.

Para que essa avaliação seja levada a efeito, faz-se necessário, inicialmente, apontar que por fonte do direito entenderemos o nascedouro, a origem, das normas capazes de regulamentar as condutas dos cidadãos e do Estado. Por fontes do direito, portanto, entendemos aquilo que faz nascer o conjunto de regras válidas para ordenar uma sociedade.

Mais tecnicamente, Norberto Bobbio (1999, p. 45) chama de fontes do direito “aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”; Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 47), em similar sentido, aponta que “por fontes do direito haveremos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas [...]”.

Ao apresentar o assunto, Renato Becho (2015, p. 172) afirma a divergente classificação das fontes do direito entre materiais e formais. O autor aponta, pensando no ambiente de *civil law*, que as fontes materiais do direito são quaisquer atos ou fatos sociais

capazes de induzir o agente competente a inserir uma norma no ordenamento jurídico, o que é feito por via de um diploma normativo¹⁴⁷, que é uma fonte formal do direito.

As fontes materiais, no ambiente de *civil law*, situam-se no momento pré-legislativo e devem ser captadas pela autoridade competente para, mediante processo previsto, ser transformadas em normas jurídicas inseridas no ordenamento jurídico. As fontes materiais, assim, são fatos sociais, inclusive as discussões havidas no processo legislativo¹⁴⁸.

Já as fontes formais são os meios pelos quais as normas jurídicas são carregadas para o ordenamento jurídico, de modo a estabelecer o dever de seu cumprimento, acompanhado da cabível sanção, e sujeitas à avaliação dos atributos de validade, vigência e eficácia. Nesse ponto, a doutrina classifica, mais uma vez, para apontar a existência de fontes formais primárias e fontes formais secundárias (BECHO, 2015, p. 174).

Sem que nos estendamos desnecessariamente, as fontes primárias são aquelas capazes de impor obrigações de necessário cumprimento pelos cidadãos ou pelo Estado (CARVALHO, 2008, p. 58). Logo, a definição encontra-se condicionada pelo teor do princípio da legalidade, que determina, basicamente, a competência exclusiva do Poder Legislativo para criar obrigações. Em direito tributário, conforme já apontamos, vige o princípio da estrita legalidade (art. 150, I, da CF), que impõe o dever de previsão legal dos elementos mínimos para a identificação de uma obrigação tributária. Já as fontes formais secundárias do direito são aquelas que, embora influenciem a sua aplicação, não têm potência para as imposições de obrigações sem amparo da lei (em sentido estrito), sendo tradicionalmente apontados como seus exemplos os atos administrativos regulamentares, a jurisprudência, os usos e costumes, os contratos e a doutrina (BALEEIRO, 2010, p. 7; BECKER, 2010, p. 223; COSTA, 2014, p. 39).

¹⁴⁷ Paulo de Barros Carvalho, com muita precisão, chama os *diplomas normativos* (emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, decreto, medida provisória etc.) de veículos introdutores de normas (CARVALHO, 2008, p. 48). Esses veículos introdutores são normas jurídicas que carregam e determinam o cumprimento das normas jurídicas por lei introduzidas. A diferença entre os veículos é marcada pelas diferentes autoridades e processos cabíveis para a produção de cada um deles, não guardando necessária relação com o assunto da norma comportamental por ele (veículo) introduzida no ordenamento jurídico. Em igual sentido: SCHOUERI, 2017, p. 78.

¹⁴⁸ André Franco Montoro (2014, p. 373) leciona: “Como fontes materiais, podem ser mencionados: a) a realidade social, isto é, o conjunto de fatos sociais que contribuem para a formação do conteúdo do direito; b) os valores que o direito procura realizar, fundamentalmente sintetizados no conceito amplo da justiça”. Em sentido similar são as palavras de Paulo Nader (2003, p. 138): “*Fontes Materiais* – O direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador, mas uma criação que se lastreia no querer social. É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários para a formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados *fatores de Direito*, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros.”

Essa definição de fontes privilegia, sem dúvida, o reconhecimento das fontes formais primárias como as verdadeiras fontes do direito para o modelo de *civil law*, muito fortalecido pelo positivismo jurídico pós-Revolução Francesa, que, como já apontamos, depositou exclusivamente na lei a capacidade de regulamentar condutas dos cidadãos e do Estado. Também como já apontamos, essa doutrina do positivismo jurídico teve origem na desconfiança da classe burguesa sobre a atuação dos juízes, investidos de sua função no regime derrubado, e teve como efeito a atribuição de superpotência à lei, como único elemento capaz de regulamentar condutas (e produzida pelos representantes da classe ascendente), o que vedava, inclusive, a possibilidade de sua interpretação, tendo em vista a clareza dos seus termos.

A doutrina das fontes do direito para o *civil law* abarca fatos sociais, mas entrega preponderante importância para o direito legislado. Sobre essa preponderância da fonte formal primária, cumpre lembrar que a sua superpotência sofreu importante restrição no ambiente do pós-positivismo, com a previsão de princípios constitucionais, assunto ao qual ainda voltaremos neste tópico.

Considerando a tradição da doutrina sobre as notas básicas do conceito de fonte para o direito brasileiro, nos daremos por satisfeitos, por ora, com a definição até aqui apresentada, para passar ao conceito de fontes para o *common law*.

Certamente, definir as fontes do direito para aquele modelo não é tarefa simples. Isso porque parece haver dificuldade na definição sobre aquela que seria a fonte capaz de produzir obrigações naquele sistema, o *costume*¹⁴⁹ ou as *manifestações judiciais*. Vejamos.

Para a avaliação proposta, apresentaremos as nossas considerações a partir da doutrina produzida, especialmente, por autores ingleses, de modo que alguma diferença poderá ser observada para modelos de *common law* adotados em outros países.

Se a teoria das fontes no *civil law* guarda em si profundas marcas determinadas pela conduta do regime revolucionário francês, de tratar o direito como uma imposição pela autoridade competente, cabendo aos juízes a sua mera reprodução, também o conceito de fontes no *common law* é determinado pela evolução histórica daquele modelo.

No que se refere à definição de fontes do direito, Carleton Kemp Allen (1939, p. 1) aponta que:

¹⁴⁹ Mario Losano (2007, p. 319) define costume como “um comportamento repetido na convicção de que seja bom comportar-se assim”.

[...] The term “sources” is here used to connote those agencies by which rules of conduct acquire the character of law by becoming objectively definite, uniform, and, above all, compulsory.

In the accepted terminology of current jurisprudence, these are called the “material sources” of law. A distinction is drawn between them and the “formal sources” of law. “The formal source of the whole body of the civil law”, we read in a well-know text-book of Jurisprudence, “is one and the same, namely, the will and power of the State as manifested in courts of justice” [...] ¹⁵⁰.

O autor segue a sua definição apontando que, em sua percepção, a separação entre fontes material e formal do direito carece de aplicabilidade, uma vez que não haveria um *poder* estatal capaz de impor obrigações aos cidadãos. Embora aplicável para as leis produzidas pelo Estado ¹⁵¹, o autor aponta a preponderância de outro modelo de direito, diferenciando-os da seguinte maneira (ALLEN, 1939, p. 2):

This popular distinction is, in fact, an attempted compromise between two irreconcilable conceptions of the growth of law [...]. In the one, the essence of the law is that it is imposed upon society by a sovereign will. In the other, the essence of law is that it develops within society of its own vitality. In the one case, law is artificial [...]. In the other case, law is spontaneous [...] ¹⁵².

O autor opõe, como se nota, o direito enquanto ato de vontade por uma soberania e enquanto espontâneo às relações sociais. Seguindo em suas lições, aponta ser o segundo o direito seguido no modelo de *common law*, ou seja, o direito costumeiro, que nasce das relações humanas.

O autor aponta, contudo, que os costumes somente assumem a sua força compulsória a partir de um ato de aplicação humana, ato este que o autor classifica como inerente à existência do direito e não meramente subsidiário e que é promovido pelo juiz (ALLEN,

¹⁵⁰ Em nossa livre tradução: “[...] O termo ‘fontes’ é aqui utilizado para conotar os instrumentos pelos quais as regras de conduta adquirem o caráter de direito, tornando-se objetivamente definidas, uniformes e, acima de tudo, obrigatórias.

Na terminologia admitida pela jurisprudência atual, estas são chamadas as ‘fontes materiais’ do direito. É estabelecida uma distinção entre elas e as ‘fontes formais’ do direito. ‘A fonte formal de todo o corpo do direito civil’, lemos em um *text-book* de Jurisprudência reconhecido, ‘é um e o mesmo, ou seja, a vontade e o poder do Estado, manifestada nos tribunais de justiça’. [...]”

¹⁵¹ No modelo de *common law* o Estado também é investido da competência para produzir leis, chamadas de *statute law*, o que é muito usado para a regulamentação de relações em que necessária a participação estatal, seja para questões de direito público, seja para questões em que necessária a participação de um regulador. Bankowski, MacCormick e Marshall (2016, p. 324) apontam a importância e as inúmeras áreas em que o Estado participa produzindo leis no Reino Unido.

¹⁵² Em nossa livre tradução: “Esta distinção popular é, na verdade, uma tentativa de harmonização entre duas concepções irreconciliáveis do desenvolvimento do direito [...]. Em uma, a essência do direito é que ele [direito] é imposto na sociedade por uma vontade soberana. Na outra, a essência do direito é que ele se desenvolve no seio da sociedade em sua própria vitalidade. Em um caso, a lei é artificial [...]. No outro caso, a lei é espontânea [...]”

1939, p. 110), que representa o órgão por meio do qual a mente do povo se expressa naquelas áreas do direito não regidas pelo *statute law*¹⁵³.

Para o autor, o magistrado, no exercício da sua função “nunca cria ou inventa um costume”¹⁵⁴, que deve ser identificado a partir da lei nativa da comunidade, identificada por critérios sociológicos, e não por critérios artificiais (ALLEN, 1939, p. 123).

A doutrina adotada pelo autor expõe a capacidade meramente declaratória do Poder Judiciário no modelo de *common law*, em que o juiz, sem capacidade de criar normas, deve investigar a natureza dos costumes praticados pela sociedade para, com fundamento neles, decidir o caso concreto.

A norma jurídica, nesse modelo, é encontrada por meio de uma racionalidade *dedutiva*, de maneira que caberá ao juiz observar a conduta geral para dela extrair uma norma particular; tipicamente, um juiz de *common law* deve procurar o princípio geral que orienta uma determinada conduta para, com base nele, decidir. Diferente é a racionalidade típica do *civil law*, em que, a partir de uma regra particular (disposição legal), identifica-se uma regra geral a ser aplicada no caso concreto, tipicamente *indutiva* (ALLEN, 1939, p. 151-152).

Veja-se que, em suas bases, o juiz do sistema de *common law* estava amarrado a critérios absolutamente subjetivos para o seu julgamento, já que a interpretação de práticas sociais para depreensão de um princípio geral não configura tarefa nada objetiva.

Essa versão do *common law* representa a sua mais arcaica apresentação, em analogia, tão inaplicável atualmente quanto aquela que determinaria ao juiz a condição de mero boca da lei, no ambiente de *civil law*.

Veja-se que o exercício do direito consuetudinário remonta às origens da regulamentação de conduta, sendo que o exercício do *common law* tal qual visto atualmente dependeu, intimamente, da capacidade dos ingleses de formalizar, arquivar e divulgar as decisões proferidas pelas Cortes de julgamento.

¹⁵³ São as palavras do autor (ALLEN, 1939, p. 108): “A more recent statement of the same view describes the magistrate or Judge as ‘the recognized and permanent organ through which the mind of the people expresses itself in shaping that part of the law which the state power does not formally enact’.” (Em nossa livre tradução: “A mais recente declaração da mesma visão descreve o magistrado ou o juiz como ‘o reconhecido e permanente órgão através do qual a consciência do povo se expressa para dar forma à parte do direito que o poder do Estado não determinar formalmente’.”)

¹⁵⁴ No original (ALLEN, 1939, p. 124): “He never creates or invests a custom, in the true sense of the words.” (Em nossa livre tradução: “Ele nunca cria ou instala um costume, no verdadeiro sentido das palavras.”)

Aponta-se que até o final do século XVII, quando Sir Edward Coke iniciou a elaboração de criteriosos repositórios de jurisprudência (ALLEN, 1939, p. 196), advogados e juízes até argumentavam sustentando a existência de decisões anteriores como fundamento para a demonstração de seu raciocínio, entretanto, com força meramente persuasiva (ALLEN, 1939, p. 184), de maneira que a liberdade para os juízes decidirem ainda estava acima da importância das decisões prévias proferidas em casos análogos.

Segundo Allen (1939, p. 196), a motivação de Coke para promover a organização de julgados estava no fato de que o seu conjunto era “a melhor prova do que o direito é”¹⁵⁵, de modo que o exemplo e a tradição tinham força para reger condutas, desde que usados de forma inteligente, o que não era habitual na época, em que os *precedentes* eram citados de forma indiscriminada e tendenciosa.

Já a partir da primeira publicação de Coke, Allen (1939, p. 198) aponta que John Vaughan, *Chief Justice* da *Court of Common Pleas* entre 1668 e 1674, sustentava que as decisões proferidas em consonância e consistência com decisões anteriores, embora estivessem abaixo do direito, tinham a capacidade de prover maiores evidências do conteúdo do direito do que a opinião de qualquer pessoa particular.

Seguindo o natural curso da história, com a valorização dos julgados como forma de identificar o conteúdo do direito, aponta Allen (1939, p. 200) que já na metade do século XVIII a utilização dos precedentes passou a fazer parte da prática judiciária inglesa. Foi nesse momento que a conduta de Lord Mansfield, membro da *House of Lords*, teria virado a chave do direito inglês para o seu modelo atual.

Segundo Allen (1939, p. 201), Lord Mansfield sustentava, além do dever de certeza e consistência entre decisões, que a argumentação e a fundamentação com precedentes fossem feitas de maneira rígida e comprometida com a coerência, de modo que a mera invocação do precedente não teria efeito algum se dele não fosse extraído com precisão o princípio de *common law* que se aplicasse especificamente no caso em análise. Apontava que somente assim os princípios seriam estabelecidos com clareza (ALLEN, 1939, p. 202) e que, a partir de estabelecidos, esses princípios deveriam ser seguidos (ainda que o julgador entendesse que tivesse praticado um erro) com fundamento no objeto primeiro do direito, que é a certeza (ALLEN, 1939, p. 204). Allen (1939, p. 206) assim se expressa:

¹⁵⁵ No original: “‘Our book cases’, he says, ‘are the best proof what the law is’.”

But, while Mansfield thus consolidated and reaffirmed the doctrine of “judicial consistency” which, as we have seen, had been gathering volume since the beginnings of the Common Law, he was equally insistent upon an intelligent technique in the use of precedents. He frequently protested against the shallow notion that there is any magic in *mere* citations, without regard to their true significance as embodiments of principle¹⁵⁶.

De acordo com Allen, a partir da atuação de Lord Mansfield as bases modernas no *common law* foram estabelecidas, e as condições para a prática atual do direito inglês estariam completas com as reformas na organização judiciária do Reino Unido, para que deixassem mais claras as regras de hierarquia, fazendo esclarecer os limites de atuação do juiz e da autoridade das suas decisões (ALLEN, 1939, p. 210) e com a modernização dos repositórios de jurisprudência (ALLEN, 1939, p. 212).

Ainda sobre o *common law* na sua fase de desenvolvimento, o autor expressa que a contribuição de Lord Mansfield, com o desenvolvimento da doutrina, dos precedentes, foi essencial para a limitação da atuação dos juízes, no que se referia à possibilidade de abuso de autoridade¹⁵⁷.

No final do século XVIII, portanto, a doutrina dos precedentes havia se formado no Reino Unido, tendo como base a consistência nas decisões judiciais e a demanda pela racional aplicação dos julgados precedentes, com a sua detalhada avaliação e identificação do princípio fundamental aplicável ao caso.

A modernização e o desenvolvimento da doutrina dos precedentes viriam a resultar na teoria do *stare decisis*, que adiante será avaliada, mas que impunha ao juiz a vinculação a decisões previamente proferidas. Fique claro, portanto, que *stare decisis* não se confunde com o *common law* (MARINONI, 2011, p. 30).

Veja-se que a evolução do *common law* impôs à sociedade que deixasse de ser regida diretamente pelos costumes. A doutrina dos precedentes muda a atividade de julgamento, passando esta da interpretação dos costumes para a interpretação de decisões prévias, aplicáveis ao caso.

Dessa oposição resulta a dualidade de posições sobre as fontes do direito para o *common law*. Sem afrontar a doutrina dos precedentes, uma das correntes aponta que o

¹⁵⁶ Em nossa livre tradução: “Mas, enquanto Mansfield, assim, consolidou e reafirmou a doutrina da ‘consistência judicial’, que, como vimos, tinha ganhado volume desde os primórdios da *Common Law*, ele foi igualmente insistente na determinação de uma técnica inteligente no uso de precedentes. Ele frequentemente protestou contra a noção superficial de que existia magia em meras citações [de precedentes], sem que fosse considerado o seu verdadeiro significado de concretizações de princípios.”

¹⁵⁷ ALLEN, 1939, p. 208-209.

costume é a fonte do direito inglês e que a prática judiciária tem o efeito de declará-lo e tornar prática a sua aplicação (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 330); e outra aponta a *poder judiciário* como a fonte do direito inglês, considerando esta como a autoridade investida da competência para decidir sobre o conteúdo da norma jurídica vigente (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 331).

A doutrina do Judiciário como fonte do direito representa a aplicação do positivismo jurídico no modelo de *common law*, conforme apontam Bankowski, MacCormick e Marshall (2016, p. 331):

Judicial law-making theories start from a denial of the natural law premises of the declaratory theory. A basic tenet of legal positivism is that all law derives from authoritative decision, hence all human law from authoritative human decision. There is no essence of law beyond or behind what is decided as law by some competent decision maker [...]¹⁵⁸.

A dualidade representa, no direito de *common law*, a mesma divergência da doutrina de *civil law*, que, em vez de debater qual é a verdadeira fonte do direito, a classifica em material e formal. Ao apontar a dualidade de correntes, os autores demonstram que, modernamente, assume-se a possibilidade de reversão ou anulação de precedentes com fundamento em valores extraídos da prática comum (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 332), o que permite a conclusão por um retorno à teoria declaratória da decisão judicial, já que o seu teor terá validade (e ela será fonte) somente se estiver de acordo com o direito consuetudinário vigente. Da mesma forma que no positivismo do *civil law*, a definição do direito enquanto mero ato de imposição de normas pelo agente competente viabiliza a produção de atos/decisões contrárias àquele que seria do direito natural dos homens. Há nos dois sistemas, portanto, a necessidade de um elemento de controle do conteúdo das normas jurídicas.

Já iniciando a comparação entre os dois sistemas, sobre a importância do costume para o *civil law*, cumpre lembrar que houve, no pós-Revolução Francesa, doutrina que sustentasse a codificação do direito apenas como o esclarecimento do direito natural¹⁵⁹. Além disso, há doutrina que reconhece nos costumes, também no *civil law*, o sustentáculo

¹⁵⁸ Em nossa livre tradução: “As teorias da criação do direito pelo Judiciário nascem de uma negação da premissa do direito natural da teoria declaratória. Um princípio básico do positivismo jurídico é que todo o direito deriva de uma decisão oficial, por consequência, toda lei humana deriva de uma decisão humana oficial. Não há nenhuma essência da lei além ou atrás do que é decidido como direito por um julgador com competência. [...]”

¹⁵⁹ Além das referências já apresentadas: DAVID, 1998, p. 51; BANKOWSKI; *et al*, 2016, p. 483.

do direito positivo, que pode ser levado à sua eficácia somente se alinhado aos costumes da sociedade por ele regrada¹⁶⁰. Tradicionalmente submetido à condição de fonte secundária do direito positivo, de fato, a eficácia das normas jurídicas liga-se à sua aplicabilidade social, o que faz Mario Losano (2007, p. 392) reconhecer uma íntima relação entre os costumes, direito positivo e decisões judiciais.

Comparando o *direito*, enquanto conjunto de normas válidas em um determinado espaço, em ambos os sistemas é possível identificar a sua existência independentemente da atuação judiciária. Seguindo a evolução histórica do *common law*, a doutrina dos precedentes tem origem na demanda por consistência nas decisões judiciais (ou seja, é uma questão de práxis), na certeza sobre o conhecimento do direito (estabilidade) e na constante busca do princípio fundamental inerente a cada decisão, ou seja, o princípio de direito consuetudinário que teria fundamentado o julgado precedente. Veja-se, portanto, que se trata de questões de apoio à prática do *direito*, e não à sua existência. Assim como no modelo positivista de *civil law*, a doutrina dos precedentes tem a finalidade última de atribuir certeza e uniformidade à aplicação do direito.

Em um dos sistemas, portanto, o direito existe nas leis; e, no outro, nos costumes. O direito, por sua vez, também se distingue dos outros sistemas normativos (religioso, moral, ético, familiar etc.) pela determinação de um agente externo sancionador¹⁶¹, função que nos dois sistemas é atribuída ao Poder Judiciário.

A grande diferença entre os dois sistemas, portanto, está relacionada à conduta judiciária diante do direito. No *common law*, a prática judiciária resultou no reconhecimento de que a atuação do juiz é elemento essencial para determinação do direito, de modo que somente a sua atuação consistente poderia permitir à sociedade o conhecimento do seu conteúdo (direito). Diferente, contudo, foi o que ocorreu no modelo de *civil law*, em que o Poder Judiciário não foi adicionado como um dos elementos participantes da formação da norma jurídica, fazendo prevalecer a onipotência da lei escrita para a determinação de regras jurídicas.

¹⁶⁰ São as palavras de René David (1998, p. 113): “dentro de uma certa concepção sociológica do direito, o costume desempenha um papel preponderante; constitui a infraestrutura sobre a qual o direito é edificado e dirige a maneira pela qual é aplicado e desenvolvido pelo legislador, pelos juízes e pela doutrina.”

¹⁶¹ São palavras de Mario Losano (2007, p. 557): “A teoria que define o direito em termos que descrevem claramente sua função no mundo atual é aquela que – passando dos sujeitos ativos aos passivos do direito – vê na *sanção externa e organizada* o elemento caracterizador da norma jurídica. A sanção à qual se remete essa teoria não é assim uma reação qualquer a um comportamento desviante, mas aquele múltiplo conjunto de coações, de cuja finalidade nos ocupamos amplamente no item 17 do capítulo III. [...]”

Naturalmente, a dificuldade em conhecer uma norma costumeira conduziu o juiz de *common law* à prudência do julgamento, no que se refere à observação de casos precedentes; já a *clareza* da lei não teria incentivado o juiz de *civil law* para essa tarefa. Manteve-se no *civil law* o dogma da exclusividade da lei como elemento capaz de regular condutas e solucionar controvérsias.

Embora os modelos se dissociem nesse ponto, ainda antes da filosofia pós-positivista, havia a afirmação de que a atribuição dos juízes de *common* e *civil law* não era tão divergente quanto uma superficial aproximação poderia fazer supor. Veja-se a afirmação de Carleton Kemp Allen (1939, p. 171):

Despite these and other similar examples, French theory is far from conceding any “binding” authority even to a consistent series of decisions, and it allow none at all to the isolated decision, even of the highest tribunal. The whole traditional doctrine of France insists on the supremacy and sufficiency of the *lex scripta*, and miracle of legislation, the Code Napoléon, had a long tradition of enacted law. [...] It is remarkable how the two systems, while both adopting similar methods in order to keep the law abreast of the times, have diverged in the ostensible operation of the method. Where the English judge introduces new law under the guise of old precedent, the French judge does so under the guise of a new interpretation of the *lex scripa*. An admirable apophthegm of R. Saleilles neatly expresses the governing principle: “Beyond the Code *through* the Code!”¹⁶².

Allen, já no início do século XX, alertava para os efeitos decorrentes da aplicação da teoria da interpretação sobre os textos de direito positivo. Desvincular a significação (norma jurídica) do texto de direito positivo, resulta na capacidade de o juiz criar o direito, na medida em que diferentes juízes poderão chegar a diferentes conclusões sobre a significação do texto.

O autor alerta que o sistema francês (*civil law*) virou os olhos para esse importante fato, continuando a afirmar a onipotência da lei, de modo que os seus juízes buscavam subsídios para as suas decisões mais em doutrina sobre textos legais do que em precedentes. Também o sistema francês, critica Allen, não admitia recursos com fundamento na *jurisprudência*, mas apenas na lei (ALLEN, 1939, p. 172).

¹⁶² Em nossa livre tradução: “Apesar desses e outros exemplos semelhantes, a teoria francesa está longe de admitir qualquer autoridade ‘vinculante’ até para uma série consistente de decisões, e tampouco para uma decisão isolada, mesmo que do mais alto Tribunal. Toda a doutrina tradicional francesa insiste na supremacia e suficiência da *lex scripta* e, o milagre da legislação, o Código Napoleônico, teve uma longa tradição como lei promulgada. [...] É notável como os dois sistemas, enquanto ambos adotando métodos semelhantes, a fim de manter o direito ao longo do tempo, divergiram na operação ostensiva do método. Onde o juiz inglês introduz um novo direito sob o pretexto de aplicar um antigo precedente, os juízes franceses o fazem sob o pretexto de uma nova interpretação da *lex scripta*. Uma admirável máxima de R. Saleilles exprime o princípio diretivo: ‘além do código através do código!’.”

A afirmação de Allen sobre o papel análogo dos juízes dos dois sistemas é corroborada por René David em seus comentários sobre a lei enquanto fonte do direito para o *civil law* (DAVID, 1998, p. 89):

Na realidade, produziu-se um considerável abandono nas posições dos juristas. Assiste-se nos nossos dias a uma renovação da doutrina do direito natural. Os próprios defensores do positivismo abandonam o mito da lei, tal como se apresentava no Século XIX; eles reconhecem, presentemente, o papel criador do juiz; já ninguém acredita que a lei seja a única fonte do direito e que uma operação puramente lógica de interpretação da lei possa, em todos os casos, conduzir à descoberta da solução de direito que se impõe.

Adaptando a afirmação do autor ao argumento que se apresenta, em suas palavras, também a função do juiz de *civil law* se aproxima do juiz de *common law*, ao promover a interpretação da lei. É importante notar que a mística da *certeza* e da *clareza* da lei fizeram com que a ciência e prática do *civil law* atribuíssem ao Poder Judiciário, tradicionalmente, menor importância do que lhe era devida na formação da norma jurídica. Dessa pouca importância resultou a ampla liberdade para que o juiz proferisse qualquer decisão, desde que apontasse a sua fundamentação no texto legal, interpretado à sua maneira.

Voltamos às bases da teoria dos precedentes do *common law* para reafirmar a sua origem na demanda social por uma atuação consistente do Poder Judiciário, capaz de demonstrar o direito com clareza, por meio da aplicação racional dos princípios básicos do direito comum, expresso em decisões. A consistência da atuação judicial, em última instância, tinha o efeito de determinar o conhecimento do direito, já que garantia ao cidadão a previsibilidade no resultado da aplicação contenciosa da lei. O mito da clareza da lei inibiu essa preocupação no ambiente do *civil law*.

Mais que isso. A *jurisprudência* foi relegada a um segundo plano de importância pela doutrina e, por consequência, pelos próprios juízes, o que dificultou o desenvolvimento de uma doutrina similar à doutrina dos precedentes no *civil law*. Vejam-se as palavras de David (1998, p. 117), apontando a pouca consideração, em despeito da grande importância da jurisprudência na formação do direito:

Para julgar a importância que têm, na elaboração do direito, as decisões judiciais, é necessário, ainda aqui, duvidar das fórmulas feitas que, na intenção de sublinhar o exclusivismo da lei, recusam natureza de fonte do direito à jurisprudência. Estas fórmulas são um pouco irrisórias quando são usadas em países como a França e a Alemanha, onde a jurisprudência assume, em certos domínios, um papel de primeiro plano na evolução do direito ou onde as obras de doutrina, muitas vezes, se limitam à exegese da jurisprudência. Elas são igualmente falsas, apesar das aparências, nos países onde a doutrina pouco ou nada se importa com a jurisprudência. Este comportamento não é senão uma indicação do divórcio que existe, nestes países, entre a Escola e o Tribunal; [...]

Os dogmas assumidos pelo positivismo jurídico, nitidamente, atrasam os países vinculados a essa tradição no reconhecimento da importância da *jurisprudência* para a formação da norma jurídica. Esse atraso, por sua vez, tem o danoso efeito de, diferentemente do que é feito há quase 300 anos na Inglaterra, exigir algum compromisso do próprio Judiciário com as suas decisões com a finalidade de controlar o seu papel criativo, viabilizando maior certeza sobre o direito.

Embora a teoria dos precedentes tenha nascido para ajustar a prática judiciária ao direito consuetudinário, as mesmas afirmações continuam aplicáveis ao *common law* moderno. Isso porque o uso de precedentes, tanto ou mais que a lei, demanda a interpretação pelo juiz quando do julgamento de um caso, o que faz MacCormick (2009, p. 278) dizer que “é frequente a afirmação ou pressuposição de que o processo de raciocínio a partir de precedentes ou com eles é radicalmente diferente do raciocínio a partir das leis ou com elas. Na realidade, as diferenças são no máximo diferenças de grau e não de natureza”.

Conforme apresentaremos no item a seguir, a doutrina do *stare decisis* se desenvolveu como complemento da teoria dos precedentes, atribuindo limites ao Poder Judiciário em privilégio de princípios maiores.

Ao juiz de *common law* não houve irrestrita liberdade para decidir nem quando fundada a sua decisão exclusivamente no *costume*, nem quando fundada a sua decisão no *precedente*, sendo ativa a sua preocupação com os efeitos pragmáticos das suas decisões, já que influentes na formação do direito.

Parece, diante de todas essas considerações, não haver uma diferença ontológica aos sistemas de *civil* e de *common law* que afirme a inexistência de uma doutrina de precedentes no primeiro e a existência dessa doutrina no segundo. A atividade criativa dos juízes, em ambos os sistemas, a partir do mundo da interpretação, é ilimitada¹⁶³.

A incoerência na tradição do *civil law* é notada por Neil MacCormick (2009, p. 285):

Na França, onde em teoria o precedente não tem nenhum efeito vinculante, as edições modelo dos códigos relacionam, de modo semelhante, em notas de rodapé, para cada alínea de cada artigo, as decisões mais importantes que decidiram pontos de interpretação da lei pertinente. A simples leitura dos códigos proporciona ao leitor algum conhecimento sobre o espírito e os princípios gerais do direito francês. Entretanto, o leitor poderia estar pessimamente orientado quanto ao efeito

¹⁶³ François Rigaux (2003, p. 324) aponta que, em última verificação, é o próprio Poder Judiciário que estipula os seus limites. Caso a última Corte de julgamento da hierarquia judiciária decida pela aplicação de um dispositivo em um determinado sentido, isso deverá ser cumprido, com efeito de obrigatoriedade, independentemente do conteúdo da decisão.

prático detalhado da lei, se não estudasse também os precedentes reveladores de como ela foi interpretada judicialmente. Quanto a essa questão, de certo não deveria ser exagerada a diferença entre a lei promulgada e os precedentes, e na realidade entre qualquer sistema codificado e não codificado¹⁶⁴.

O autor direciona o seu argumento no sentido de reconhecer como *direito* o resultado do acoplamento entre lei escrita e jurisprudência, de modo a atribuir à segunda a tarefa de definir os limites da primeira. Essa posição, já apresentada nas primeiras linhas deste trabalho¹⁶⁵, deve impor ao Judiciário a tarefa de buscar, por meio da sua atuação, a concretização dos princípios apresentados no primeiro capítulo deste trabalho, aos quais voltaremos em breve.

Deve o Poder Judiciário, portanto, atribuir condições para que a sociedade conheça o *direito* em seu conteúdo (e não que conheça apenas a lei), viabilizando um considerável grau de certeza e de previsibilidade sobre a sua (direito) aplicação contenciosa, justamente os mesmos fundamentos que fizeram com que, em solo britânico, fosse desenvolvida no século XVIII a teoria dos precedentes.

Fique claro: não há diferença substancial na função judiciária nos dois modelos que justifique tão díspar atuação¹⁶⁶. Pretendemos deixar isso ainda mais claro com a análise da teoria do *stare decisis*, marca da evolução da teoria dos precedentes, que passamos a apresentar.

3.3 O *stare decisis*

A doutrina dos precedentes, conforme se viu, nasceu da argumentação pela coerência na atuação judiciária, tratada por consistência por Carleton Kemp Allen, e da necessidade de adequado tratamento dos julgamentos precedentes, com a detalhada avaliação dos julgados para a extração do princípio geral que informara a decisão, a partir do que deveria ser promovida a análise da pertinência da sua aplicação no caso em análise.

¹⁶⁴ No mesmo sentido: TARUFFO, 2016a, p. 459.

¹⁶⁵ Quando nos valem das lições de Renato Lopes Becho (2015, p. 154), que demonstra a formação da norma jurídica a partir da equação “norma = lei + jurisprudência + interpretação”.

¹⁶⁶ José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 185-186) também não verifica a existência de absoluta oposição entre os dois sistemas, que, em seu entender, são diferenciados pelo método utilizado pelo judiciário para proferir a decisão.

Já no século XVIII, portanto, o Judiciário inglês se desenvolvia com a prática de julgamentos criteriosos, fundados no tratamento detalhista dispensado ao precedente judicial, favorecendo, em último grau, a certeza sobre o direito.

Ocorre que, ainda que em pleno desenvolvimento a argumentação e fundamentação de decisões por precedentes, ao Judiciário ainda cabia, para o julgamento de causas, o exercício do juízo sobre a aplicação, ou não, de solução similar ou de princípio geral identificado em caso precedente, de modo que alguma insegurança ainda assolava a atuação judiciária.

Dentro de tal contexto, conforme aponta Allen (1939, p. 210), foi essencial que a organização judiciária inglesa, até 1876, tivesse se tornado mais clara, marcada pela hierarquia entre órgãos de julgamento – decorrência da competência para julgamentos de recursos –, o que teria permitido o desenvolvimento do dever de observação das decisões proferidas pelas Cortes de hierarquia superior.

Em paralelo, segundo o mesmo autor (ALLEN, 1939, p. 223), em 1843, teria sido proferido o primeiro julgado pela *House of Lords* no sentido de ser impossível àquela Corte rever posicionamento que houvera firmado em decisão precedente. A rigidez do tratamento que a *House of Lords* dispensou a si mesma foi reiterada em alguns julgados, até que em 1898, no caso *London Street Tramways Co. vs. London County Council*, fosse proferida decisão afirmando, definitivamente, o dever de a *House of Lords* respeitar os seus próprios precedentes sobre questões de direito, como forma de afirmar a certeza do direito, colocando termos finais às discussões.

É excerto do julgado¹⁶⁷:

My Lords, for my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by Lord Campbell and assented to by Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford and others, that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided.

[...]

My Lords, it is totally impossible, as it appears to me, to disregard the whole current of authority upon this subject, and to suppose that what some people call an “extraordinary case”, an “unusual case”, a case somewhat different from the common, in the opinion of each litigant in turn, is sufficient to justify the rehearing and rearguing before the final Court of Appeal of a question which has been

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>, consultado em 23/05/2018.

already decided. Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience – the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal? My Lords, “interest rei publicae” that there should be “finis litium” at some time, and there could be no “finis litium” if it were possible to suggest in each case that it might be reargued, because it is “not an ordinary case”, whatever that may mean. Under these circumstances I am of opinion that we ought not to allow this question to be reargued.

[...]

Under these circumstances it appears to me that your Lordships would do well to act upon that which has been universally assumed in the profession, so far as I know, to be the principle, namely, that a decision of this House upon a question of law is conclusive, and that nothing but an Act of Parliament can set right that which is alleged to be wrong in a judgment of this House. For these reasons, my Lords, I move your Lordships that this appeal be dismissed with costs¹⁶⁸.

Decidindo pela impossibilidade de revisão de posicionamento já firmado pela Corte, a *House of Lords* definiu o dever de vinculação aos próprios precedentes, de maneira que, ainda que sob o argumento da concretização da *justiça*, a Corte não poderia mudar o seu entendimento sobre questão de direito.

¹⁶⁸ Em nossa livre tradução: “Meus Lordes, de minha parte, estou preparado para dizer que eu adiro em termos ao que foi dito pelo Lord Campbell e com o que concordaram os Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford e outros, que uma vez proferida decisão desta Corte sobre uma questão de direito ela é final perante a Corte e que é impossível que essa questão seja novamente levantada como se fosse *res integra* [coisa inteira], e pudesse ser redarguida, para, então, se pedir para a Corte reverter a sua própria decisão. Esse é um princípio que foi estabelecido, eu acredito, sem qualquer decisão concreta ao contrário, há séculos e sou da opinião, portanto, que neste caso não temos competência para reexaminar e que o conselho não tem competência para rediscutir uma questão que foi decidida recentemente.

[...]

Meus Lordes, parece-me totalmente impossível desconsiderar toda a corrente de autoridade sobre esta matéria e supor que o que algumas pessoas chamam um “caso extraordinário”, um “caso incomum”, um caso um pouco diferente do comum, na opinião de cada litigante, por sua vez, é suficiente para justificar o reexame e a rediscussão perante a *Court of Appeal* de uma questão que já foi decidida. Claro que não nego que casos de dificuldades peculiares podem surgir, e pode haver uma corrente de opinião perante os advogados que este ou aquele julgamento foi errôneo; mas o que é que essa interferência ocasional, o que talvez seja justiça abstrata, em comparação com a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de ter cada matéria sujeita a ser rediscutida e as relações da humanidade se tornarem duvidadas devido a diferentes decisões, então na verdade e na realidade não haverá nenhuma *Corte of Appeal* realmente final.

Meus Lordes, “interest rei publicae” [interesse do Estado] que deve haver “finis litium” [fim do litígio] em algum momento, e não haveria nenhum “finis litium” se fosse possível sugerir, em cada caso, que a matéria pudesse ser rediscutida, porque “não é um caso normal”, seja o que isso significar. Nestas circunstâncias, sou de opinião que não devemos permitir que esta questão seja rediscutida.

[...]

Dentro dessas circunstâncias, parece-me que vossas Senhorias fariam bem em agir de acordo com aquilo que tem sido assumido universalmente na advocacia, tanto quanto sei, para ser o princípio, de acordo com o qual, uma decisão desta Corte sobre uma questão de direito é definitiva, e que nada além de um ato do Parlamento pode corrigir o que se alega ser errado em um julgamento desta Corte. Por estas razões, meus Lordes, proponho a vossas Senhorias que este recurso seja não provido com custas.”

Em uma soberania em que o direito não era codificado e, portanto, de maior dificuldade para assimilação, a Corte afirma o princípio de que a segurança jurídica demandava a aplicação consistente do direito pelo Poder Judiciário.

Estariam, com a organização judiciária inglesa, findada em 1876, e com a decisão proferida em *London Street Tramways Co. vs. London County Council*, em 1898, firmadas as características básicas da doutrina do *stare decisis*, que tem o significado de impor a vinculação a precedentes em ordem vertical, ou seja, de órgãos inferiores perante órgãos superiores, e horizontal, do órgão e julgamento perante ele mesmo (MARINONI, 2011, p. 27).

O *stare decisis* não deve ser, diante disso, tomado como sinônimo de *common law*, modelo de direito em que força jurídica é atribuída aos costumes, tampouco com a *doutrina de precedentes*, meio atingido pelo sistema inglês como forma de operação do direito consuetudinário, que determina a produção de decisões judiciárias consistentes entre si, voltadas para a aplicação de princípios fundamentais, utilizados em decisões anteriores.

O *stare decisis*, por sua vez, é o método criado pelo Poder Judiciário inglês¹⁶⁹ capaz de estabilizar o direito praticado a partir dos precedentes. Trata-se, em nosso entendimento, de uma escalada em busca da clareza do direito consuetudinário, que deixaria de ser aplicado diretamente para a solução de casos em favor da aplicação por coerência com decisões judiciais precedentes que, por meio do *stare decisis*, assumiriam caráter de alta rigidez no que se refere à liberdade de julgamento pelas Cortes.

Não é equivocado afirmar que o *stare decisis* representa a forma pela qual o Poder Judiciário deveria trabalhar com os seus próprios julgados. É, portanto, uma teoria, preponderantemente, de forma e não de conteúdo¹⁷⁰.

O conteúdo do *stare decisis*, representando pelo dever de vinculação aos posicionamentos de Cortes superiores e aos próprios precedentes, aponta a doutrina (MITIDIERO, 2017, p. 37; MARINONI, 2011, p. 25) teria representado uma *resposta* do Poder Judiciário inglês às críticas promovidas pelo filósofo Jeremy Bentham ao sistema de *common law*.

¹⁶⁹ O *stare decisis* é, sem dúvida, uma criação judiciária (ABBOUD, 2012, p. 508).

¹⁷⁰ Estamos de acordo, nesta afirmação, com Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 337-338), que leciona: “*Stare decisis* e precedentes são costumeiramente utilizados como sinônimos em razão do seu sentido muito próximo, contudo não se equivalem, da mesma forma que *stare decisis* não se equivale à *common law*. O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo *especialmente voltado para as próprias cortes que estabelecem o precedente*, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes como os casos-atuais.”

De acordo com Bobbio (2006, p. 91), Bentham pode ser visto como o principal filósofo defensor das codificações, que, representante da escola utilitarista, sustentava a necessidade de que a lei, tendo como finalidade dirigir as condutas dos cidadãos, fosse produzida com o máximo de clareza e de concisão (BOBBIO, 2006, p. 93). O filósofo, segundo Bobbio (2006, p. 97), apontava a incerteza do *common law*, que não permitia ao cidadão “prever as consequências das próprias ações” e que a racionalidade inerente à aplicação do precedente não se tratava de um “critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio” e que os juízes apenas disfarçavam a sua atividade criativa do direito¹⁷¹. O filósofo apontava, ainda, como defeitos do *common law* a retroatividade do direito, decorrente da aplicação de princípios que, apesar de não claros, teriam foro de perenidade; a pouca utilidade, se comparado às codificações, que eram construídas a partir de princípios claros e determinados (BOBBIO, 2006, p. 98); a falta de competência específica dos juízes, se comparados aos legisladores, que podem se valer de ajuda externa para a definição de questões; e o fato de o *povo* não poder controlar a produção do direito pelos juízes, que não eram seus representantes (BOBBIO, 1999, p. 99).

Se determinante ou não para a criação do *stare decisis*, de fato, a rigidez no tratamento das manifestações judiciais pelo próprio Poder Judiciário, sem a possibilidade de alteração de entendimentos e/ou de não adesão às decisões superiores, manifesta uma faceta comum à influência do positivismo jurídico nas codificações promovidas na Europa continental.

É adequado afirmar, diante disso, que o desenvolvimento do *stare decisis*, na Inglaterra, atendeu aos mesmos anseios que levaram a Europa continental a elevar à máxima potência o poder da legislação, em busca da clareza, certeza e previsibilidade, que no caso continental dispensaria o juiz até da atividade interpretativa. Ambos os modelos levaram a efeito características inerentes ao positivismo jurídico, direcionado para a certeza do direito, com marcas determinantes sobre a rigidez da sua forma.

Estando, em 1898, constituídas aquelas que seriam as bases do *stare decisis*, assim como ocorre com o positivismo legalista, não é de supor que a pragmática do *common law* teria atravessado longo período sem passar por profundos questionamentos. Conforme aponta Caminker (1994, p. 856), são comuns as críticas que opõem a aplicação do *stare*

¹⁷¹ Dworkin (1999, p. 13) faz referência às mesmas críticas.

decisis à concretização efetiva da justiça, já que o juiz é obrigado a aplicar o precedente, e à evolução do direito, já que essa doutrina permitiria pouca abertura para novos fundamentos.

Diante das críticas, ao longo dos anos a doutrina do *stare decisis* se desenvolveu para que respostas justificassem a sua manutenção e para que a prática judiciária pudesse acompanhar o rápido desenvolvimento da sociedade.

Novos e mais claros fundamentos, diante disso, foram apresentados em favor da manutenção da doutrina do *stare decisis*, os quais são de pertinente avaliação.

O primeiro dos fundamentos, assumido pela doutrina com postura de obviedade, está na organização judiciária hierarquizada, como elemento determinante para que Cortes inferiores respeitem os posicionamentos das Cortes que lhes sejam superiores. Nesse sentido se manifesta Allen (1939, p. 225):

It is unnecessary to make more than a very brief reference to the general rules which are now universally held to govern the application of precedent in English law. Each Court is bound by the decisions of Courts above it¹⁷².

A obviedade é consequência de uma organização judiciária que foi planejada, justamente, com a finalidade de que o direito fosse aplicado uniformemente. O escalonamento em diferentes níveis, como ocorre na organização constitucional judiciária brasileira, tem como causa a demanda social por uniformidade no sentido do direito. Não é por outra razão que, ao longo do Capítulo 2, nos esforçamos para apontar a função nomofilática das Cortes Supremas brasileiras como o fundamento para a sua existência¹⁷³.

¹⁷² Em nossa livre tradução: “É desnecessário fazer mais do que uma breve referência às regras gerais que agora são universalmente conhecidas para dirigir a aplicação do precedente no direito inglês. Cada Tribunal está vinculado pelas decisões dos Tribunais acima dele.” No mesmo sentido, Bankowski, MacCormick e Marshall (2016, p. 330), ao afirmarem que: “each court is strictly bound to follow the precedents of the court above” (em nossa livre tradução: “cada corte está estritamente vinculada a seguir os precedentes da Corte acima”).

¹⁷³ Caminker (1994, p. 824) demonstra o dever de obediência aos precedentes como decorrência clara da organização hierarquizada do Poder Judiciário, consubstanciada nas competências recursais, a partir do modelo norte-americano: “The duty to obey hierarchical precedent tracks the path of review followed by a particular case as it moves up the three federal judicial tiers: A court must follow the precedents established by the court(s) directly above it. District courts must follow both Supreme Court decisions and those issued by which-ever court of appeals has revisory jurisdiction over its decisions, and courts of appeals must heed Supreme Court decisions. However, a court can ignore precedents established by other courts so long as they lack revisory jurisdiction over it.” (Em nossa livre tradução: “O dever de obedecer a precedente hierárquico é demonstrado pelo caminho do julgamento de recursos de um caso particular que tramita pelas três instâncias judiciais federais: uma corte deve seguir os precedentes estabelecidos pela corte diretamente superior. Os tribunais distritais devem seguir tanto as decisões da Suprema Corte quanto as decisões de cada corte de apelação que tiver jurisdição de revisão sobre as suas decisões e as cortes de apelação devem atender às decisões da Suprema Corte. No entanto, um tribunal pode ignorar precedentes estabelecidos por outros tribunais, desde que não haja jurisdição de revisão entre eles.”)

Além da função de uniformização do direito constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, a obediência às manifestações de Cortes em posição hierárquica superior se alinha à garantia do Estado democrático de direito, ao permitir ao cidadão o mais claro conhecimento do conteúdo do direito, que pode ser muito diferente da literalidade da lei¹⁷⁴.

Ainda que possa parecer óbvio que uma organização judiciária escalonada tem a finalidade de promover a aplicação uniforme do direito, a doutrina apresenta inúmeros outros fundamentos com capacidade para afirmar o dever de respeito pelos juízos inferiores, aos posicionamentos de juízos superiores. Passemos a eles, seguindo a apresentação promovida por Evan Caminker no texto “Por que cortes inferiores devem obedecer aos precedentes da corte superior?”¹⁷⁵ (1994).

Apresenta-se, inicialmente, a preocupação com a *economia judiciária*. Segundo Caminker (1994, p. 839-840), este é um argumento que via a eficiência administrativa judiciária, considerando a sua organização em instâncias. Seguir as manifestações de Cortes superiores, de acordo com esse argumento, tem o efeito de desestimular a apresentação de recursos ou, em caso de sua apresentação, tornar mais eficiente o trabalho de representantes da parte contrária, na apresentação de contrarrazões e do próprio judiciário para julgamento do recurso. A economia sustentada pelo autor (CAMINKER, 1994, p. 841) configura elemento necessário para o próprio funcionamento e eficiência das Cortes de mais alta hierarquia, tendo em vista a sua incapacidade física de avaliar recursos em todas as ações processadas perante instâncias inferiores. Como, de fato, as Cortes Supremas têm a chance de avaliação de poucos recursos, a observação de suas manifestações se torna questão essencial para o próprio funcionamento adequado do sistema judiciário, viabilizando a aplicação uniforme do direito e permitindo tempo às Cortes Supremas para aplicarem esforços na solução de questões ainda não julgadas. Ainda no que se refere à economia e correspondente eficiência no serviço público, aponta-se o desestímulo ao ajuizamento de novas ações decorrente da maior adesão social às posições firmadas, uma vez que seguidas por todo Poder Judiciário (CAMINKER, 1994, p. 841). Concluindo a exposição do argumento, o autor aponta (CAMINKER, 1994, p. 842):

¹⁷⁴ É um dos pressupostos que adotamos neste trabalho a diferença entre texto legal e norma jurídica, sendo esta o resultado do processo de interpretação do texto legal.

¹⁷⁵ Tradução livre a partir do original “Why must inferior courts obey superior court precedents?”.

[...] The best defense of the economy rationale, then, rests on the premise that, over time, a bright-line rule of universal obedience will be more efficient than a case-by-case evaluation despite its overinclusiveness¹⁷⁶.

Alinhando-nos aos argumentos já apresentados neste trabalho, muito diferentemente do que acontece no caso norte-americano, sistema no qual Caminker funda a sua análise, em que a demanda por eficiência no serviço público é uma regra decorrente da própria soberania popular, no caso brasileiro é muito maior a responsabilidade do Poder Judiciário por zelar pela sua eficiente (economicidade) atuação, considerando a expressa determinação da Constituição Federal nesse sentido.

O segundo dos argumentos do autor (CAMINKER, 1994, p. 843) está ligado ao desejo de *evitar a justiça atrasada*, apontando que, existente uma solução jurídica para o caso, quanto antes ela for praticada, melhor. Trata-se, segundo o autor, de eficiência e justiça na prestação jurisdicional, que não deve submeter a parte ao manejo de recurso (como tempo de processamento a ele inerente) para a obtenção de uma decisão, cujo teor seria conhecido, tendo em vista o posicionamento da Corte hierarquicamente superior. Caminker (1994, p. 844), com muita precisão, afirma que a organização judiciária em instâncias não deve servir para que a prestação jurisdicional seja ineficiente.

Seguindo, o mesmo autor (CAMINKER, 1994, p. 845) sustenta a *maior proficiência das Cortes Superiores para proferir decisões*, consubstanciada na diferenciação estrutural das Cortes conforme a sua hierarquia, considerando que a subida da hierarquia determina uma maior habilidade para a realização de boas interpretações do direito, determinada pelos critérios que condicionam a escolha ou eleição dos seus membros. Especialmente a posição do juiz de primeiro grau, exercendo a jurisdição monocraticamente, deve respeitar as posições de Cortes que lhe sejam superiores, considerando a experiência dos julgadores, a forma de julgamento colegiado e a própria finalidade da estruturação judiciária em instâncias (CAMINKER, 1994, p. 848).

Vale anotar que a comparação feita com as determinações constitucionais brasileiras continua aplicável. No primeiro capítulo apresentamos a efetividade da tutela jurisdicional como um princípio de necessária observação e, no segundo capítulo, exploramos, detidamente, a organização judiciária em instâncias, considerando, inclusive, as condições

¹⁷⁶ Em nossa livre tradução: “A melhor defesa da racionalidade econômica, então, está na premissa de que, com o decorrer do tempo, uma clara regra de obediência universal será mais eficiente do que uma avaliação caso a caso, em despeito da sua superinclusão.”

para a “promoção” de juízes por cada uma delas. Até este momento, os argumentos apresentados por Caminker são absolutamente pertinentes ao modelo brasileiro.

Sem prejuízo da uma melhor adaptação dos argumentos ao modelo brasileiro, que promoveremos adiante, continuemos na avaliação dos argumentos em favor do respeito aos posicionamentos das Cortes superiores.

Seguindo a análise, Caminker (1994, p. 849) aponta que *uniforme interpretação e aplicação do direito* deverão ser obtidas por meio do respeito aos precedentes de órgãos de superior hierarquia. Afirmar que a conduta tem o efeito de repelir o caos e a anarquia internos ao sistema judiciário. A manutenção da uniformidade, também de acordo com o autor, é a principal atribuição da Corte Suprema. A uniformidade, por sua vez, atende a importantes interesses sociais, a começar pela previsibilidade, sobre o que o autor (CAMINKER, 1994, p. 850-851) comenta:

The predictability of rules governing human relations serves three main objectives. First, predictability enables a legal regime achieve its instrumental purposes. Many laws are designed in large part to encourage individuals and governments to engage in socially desirable conduct. [...] Second, predictability often protects reliance interests. Many legal rules facilitate and protect certain choices (for example, voluntary economic transactions). [...] Finally, predictability reduces the costs of the entire adjudicatory system. In many contexts, the more predictable legal norms are, the less likely that individuals will transgress (or appear to transgress) them, making resort to civil or criminal proceedings less frequent [...]¹⁷⁷.

Essas considerações sobre a uniformidade na interpretação e aplicação do direito deixam claro a importância da prática judiciária para a segurança da sociedade. O próprio autor reconhece (CAMINKER, 1994, p. 851) que a estabilidade nunca será plena, ainda com o respeito a precedentes, mas aponta esse respeito como um importante passo em direção à estabilidade. Ainda, produzindo o seu texto de acordo com o sistema norte-americano, afirma que o respeito ao precedente configura elemento de uniformidade, inclusive, para a aplicação do direito legislado.

Seguindo com a avaliação da uniformidade, aponta que seguir precedentes resulta na *melhor capacidade de o Estado aplicar a lei*. No que se refere a questões de direito público,

¹⁷⁷ Em nossa livre tradução: “A previsibilidade das regras que regem as relações humanas serve a três objetivos principais. Primeiro, a previsibilidade permite a um regime jurídico atingir seus fins instrumentais. Muitas leis são produzidas principalmente para incentivar pessoas e governos a praticarem comportamentos socialmente desejáveis. [...] Em segundo lugar, a previsibilidade, frequentemente, protege o interesse de confiança. Muitas normas jurídicas facilitam e protegem certas escolhas (por exemplo, transações econômicas voluntárias). [...] Finalmente, a previsibilidade reduz o custo de todo o sistema judicial. Em muitos contextos, quanto mais previsíveis as normas legais, menos prováveis serão as suas transgressões por indivíduos (ou parecer transgredir), fazendo o ajuizamento de medidas civis ou penais menos frequentes. [...]”

a ciência sobre o conteúdo do direito significa a maior eficiência do Poder Executivo na sua aplicação, evitando atos que tendem à anulação ou a não produção de atos de necessária realização (CAMINKER, 1994, p. 852).

Segue com apontamentos, ainda como decorrência da uniformidade na interpretação e na aplicação, sobre *igual tratamento de cidadãos perante o direito e o respeito pela autoridade judicial* (CAMINKER, 1994, p. 852), afirmando que a eficácia das decisões judiciais depende, também, da credibilidade que o Poder Judiciário goza perante a sociedade.

Como último dos seus argumentos, ainda no ambiente da uniformidade, aponta Caminker (1994, p. 854) que o respeito aos precedentes responde ao *desejo cultural por uma única voz impositiva* (órgão estatal), sustentando que o Estado de direito, para proteger a segurança da população, demanda a atribuição a um único órgão da competência para interpretar o direito, impondo obrigações.

Linha de raciocínio muito parecida é desenvolvida por Melvin Eisenberg (1988, p. 4), que estabelece o seu argumento a partir das funções sociais do Poder Judiciário, especialmente aquelas que considera as primordiais: a função de resolver conflitos e a função de enriquecer o sistema jurídico. A primeira das funções está ligada à demanda pela sociedade, cada vez mais complexa, em resolver controvérsias, a partir da aplicação do direito, de forma definitiva. Já a segunda das funções decorre da necessidade da existência de regras legais visando ao adequado planejamento das relações, demanda para a qual a atividade legislativa é limitada, cabendo a sua complementação pela atividade judiciária (EISENBERG, 1988, p. 5).

A concretização da segunda das funções é dependente do exercício da primeira, de modo que somente será possível ao Poder Judiciário o enriquecimento da ordem jurídica por meio da solução de casos concretos, com a aplicação do direito vigente.

Notadamente, considerando que no modelo de *common law* a *jurisprudência* assume *status* de fonte, ainda que formal, do direito, é natural que os seus juízes estejam mais atentos à função de enriquecimento da ordem jurídica afeta ao Poder Judiciário. É importante que se conclua, contudo, que essa função de enriquecimento da ordem jurídica não se vincula, apenas, ao modelo de direito consuetudinário, pois, conforme temos sustentado, ao exercer a atividade interpretativa, o juiz de *civil law* também constrói a norma jurídica que pode, ou não, se identificar com a literalidade do dispositivo legal que a fundamenta¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Nesse sentido: DAVID, 1998, p. 118; TARUFFO, 2016a, p. 459; RIGAUX, 2003, p. 185; MACCORMICK, 2009, p. 278; ALLEN, 1939, p. 171.

Assim, ao juiz de *civil law* também é cabível a preocupação com o enriquecimento do direito por meio da sua atuação, já que, mediante o contato com a *jurisprudência*, o intérprete externo ao Poder Judiciário poderá elaborar mais preciso entendimento sobre a significação do texto legal.

Considerando essas duas funções inerentes ao exercício da jurisdição, Eisenberg (1988, p. 7) afirma que “the function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future”¹⁷⁹. Com essa afirmação, o autor conclui que o modelo de *common law* depende de uma teoria da decisão judicial que concilie o exercício das duas funções jurisdicionais. Então, passa a apresentar aqueles que julga serem os princípios fundamentais para a decisão no modelo inglês, a iniciar pela *objetividade*.

Eisenberg (1988, p. 8-9) apresenta a *objetividade*¹⁸⁰ da decisão a partir dos seus atributos de imparcialidade e de universalidade, de maneira que a solução para cada caso concreto seja pensada de modo a permitir a sua aplicação em casos análogos. De acordo com a sua posição, somente por meio da *objetividade* é que o Poder Judiciário se legitima socialmente como parte apta a resolver conflitos. Veja-se que a legitimidade do Judiciário como órgão último para a solução de conflitos não decorre de uma autoridade religiosa, carismática ou sobrenatural, mas da confiança no exercício da sua função conforme o Estado de direito, aplicando o mesmo direito para todos.

O autor (EISENBERG, 1988, p. 9-10) apresenta o princípio do *suporte*¹⁸¹, segundo o qual, considerando a diferença de função, estrutura e concretização de justiça entre Judiciário e Legislativo, as decisões judiciais deverão sempre ser suportadas por elementos determinados pelo direito vigente, com a possibilidade de ajustes que atendam a eventuais demandas sociais por mudanças¹⁸², voltando-se para o justo exercício da sua função,

¹⁷⁹ Em nossa livre tradução: “a função de resolução de litígios se volta em direção às partes e ao passado. A função de enriquecer o ordenamento jurídico se volta para a sociedade em geral e para o futuro”.

¹⁸⁰ Tradução livre do autor para *objectivity*.

¹⁸¹ Tradução livre do autor para *support*.

¹⁸² Ressalvada a diferença entre os modelos de *civil* e de *common law*, também no modelo de *civil law* o Judiciário é influenciado, modernamente, pelas alterações e anseios sociais, o que pode ser exemplificado pela admitida possibilidade de mutação no sentido de dispositivos constitucionais e/ou legais, como aconteceu em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 4.277/DF (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, decisão unânime, julgado em 05/05/2011, public. 14/10/2011) em que se concluiu para mutação do sentido do termo *família*. Também são exemplos pertinentes as inúmeras e atuais discussões entre os Ministros do STF sobre o sentido de “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, expresso no art. 5º, LVII, da CF (STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, decisão por maioria, julgado em 05/10/2016, public. 07/03/2018), e sobre a restrição do teor do art. 103,

especialmente considerado o efeito retroativo das decisões judiciais. As diferenças entre Judiciário e Legislativo no que se refere à sua representatividade social, especialização em assuntos e efeitos temporais de normas, demandam tais cuidados na decisão judicial, de modo que esta tenha *suporte* do direito vigente, em todos os seus aspectos.

Em seguida, Melvin Eisenberg (1988, p. 10-12) apresenta o princípio da *replicabilidade*¹⁸³ das decisões, sustentando a necessidade de que as decisões judiciais permitam aos advogados e à sociedade o conhecimento da posição da Corte e, por conseguinte, do direito, viabilizando o aconselhamento jurídico e o planejamento de atos jurídicos. Evidentemente, a estabilidade nos posicionamentos é uma condição para que o posicionamento seja replicável. São as palavras do autor (EISENBERG, 1988, p. 11):

Granted that it is desirable for lawyers as well as judges to be able to determine the law, it becomes critical that lawyers should be able to replicate the process of judicial reasoning and, therefore, that the courts utilize a process of reasoning that is replicable by lawyers. Planning and dispute-settlement on the basis of law depends on a determination of what the law presently is, not what the law has been. Since the courts remain the final arbiters of law, if courts did not use a replicable process of reasoning the profession could not give reliable legal advice in planning and dispute-settlement, and planning and dispute-settlement on the basis of law would be frustrated¹⁸⁴.

O relevante papel que o autor atribuiu ao advogado funda-se no reconhecimento de que importantes atos da vida civil, especialmente negociais, são praticados após aconselhamentos tomados de tais profissionais. É importante, diante disso, que uma *conversa* seja adequadamente estabelecida entre a classes de advogados e Poder Judiciário, em benefício, evidentemente, da certeza do direito.

Ainda sobre a relação entre advogados e juízes, o autor (EISENBERG, 1988, p. 12-13) aponta o último dos seus princípios, qual seja, a *capacidade de resposta pelo poder*

I, b, da CF, para determinar que a disposição “nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” não se refere a qualquer infração, mas somente a infrações cometidas durante o exercício do cargo e relacionadas às suas funções (STF, AP 937, Tribunal Pleno, decisão por maioria, proferida em 03/05/2018, ainda não publicada). Em comum, os três casos respondem a anseios sociais, sendo o primeiro pela igualdade de gêneros e os dois seguintes pela insatisfação social com a impunidade.

¹⁸³ Tradução livre do autor pra *replicability*.

¹⁸⁴ Em nossa livre tradução: “Admitindo-se que é desejável para os advogados, assim como para juízes, serem capazes de determinar o direito, torna-se fundamental que os advogados possam ser capazes de reproduzir o processo de raciocínio judicial e, para isso, que os tribunais utilizem um processo de raciocínio que seja replicável por advogados. Planejamento e solução de conflitos fundados no direito dependem de uma determinação do que o direito é no presente, não é o que o direito tem sido. Uma vez que os tribunais se mantêm os árbitros finais do direito, se os tribunais não usarem um processo de raciocínio replicável, os advogados não poderão dar aconselhamentos jurídicos confiáveis para o planejamento e a solução de conflitos e o planejamento da solução de conflitos com base no direito será infrutífero.”

*judiciário*¹⁸⁵. Novamente exaltando a importância da relação entre procuradores (representante de partes e da sociedade perante o Poder Judiciário) e juízes, afirma que a decisão judicial deve ser sensível e atenta aos pedidos promovidos pela parte, de modo a produzir melhor decisão para o caso específico. Ainda, determina que, por meio das manifestações de classe dessas profissões (advogados, promotores, procuradores), o judiciário entenda as demandas da sociedade.

Vinculando esses princípios à doutrina do *stare decisis*, Eisenberg (1988, p. 47-48) aponta que:

Stare decisis gives effects to this concept too. Under stare decisis, a court is on notice that if it chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obligated to apply the same proposition to all similarly situated disputants in the future. Thus stare decisis discourages a court from deciding cases on the basis of propositions it would be unwilling to apply to all similarly situated disputants¹⁸⁶.

A afirmação é complementada pelo próprio autor ao reconhecer que o *stare decisis* coroa a imparcialidade entre decisões e litigantes, uma vez que há inibição ao Poder Judiciário de proferir decisões que ele seja incapaz de reproduzir nos casos seguintes análogos. Essa conduta judiciária, consubstanciada, especialmente, na objetividade, na replicabilidade e no suporte das decisões, que fundamentam o *stare decisis*, teria o efeito de gerar a *proteção da confiança justificada*¹⁸⁷ (EISENBERG, 1988, p. 48), que é classificada entre especial, qual seja, a previsibilidade de um litigante sobre a decisão que será proferida pela corte, e geral, aquela exercida pela sociedade que, com mais claro conhecimento do direito, pode planejar as suas condutas com maior certeza.

A partir da avaliação da obra de Carleton Kemp Allen, Evan Caminker e Melvin Eisenberg, é possível afirmar que o *stare decisis*, de fato, é uma doutrina vinculada à atuação judiciária, erigida, primordialmente, sobre dois pilares: a certeza do direito e a racionalidade na atuação judiciária.

O natural desenvolvimento do modelo de *common law* fez com que os juízes reconhecessem, a partir da prática judiciária, a importância das suas manifestações perante

¹⁸⁵ Tradução livre do autor para *responsiveness*.

¹⁸⁶ Em nossa livre tradução: “O *stare decisis* dá efeitos para este conceito também. Sob o *stare decisis*, a corte está ciente de que a sua escolha em aplicar uma determinada solução para resolver uma disputa entre os litigantes de hoje, a obrigará na aplicação da mesma solução para todos os litigantes similares futuros. Assim, o *stare decisis* desencoraja as cortes de decidirem casos com fundamento em soluções que seriam de aplicação indesejada para todos os litigantes em similar situação.”

¹⁸⁷ Tradução livre do autor para *protection of justifiable reliance*.

litigantes e perante toda a sociedade. Assumiu-se que, tendo a competência de dizer o direito, o Judiciário deveria a ele também se submeter, adotando rígido compromisso com as suas próprias manifestações. Tão rígido que, seguindo decisão da *House of Lords* de 1898, o judiciário inglês afirmou a impossibilidade de alteração de entendimento sobre questões de direito já decididas, tudo em favor da segurança jurídica. Entendeu-se, como apontamos a partir de excerto da decisão, que controvérsias sobre o conteúdo da lei deveriam ser resolvidas com atributo de definitividade. Atendia-se, com isso, à demanda pela *certeza do direito*.

Essa forma de atuação, com rígido respeito a posições já firmadas, ganhou efeitos de sistematicidade com o advento de claras regras de organização judiciária, que distribuíam os membros desse poder entre diferentes instâncias de julgamento, com um menor grau de julgadores a cada instância que se sobrepunha à outra, sobre ela exercendo poderes de revisão e de anulação de decisões.

Fruto da organização judiciária, novamente, o próprio Poder Judiciário, pela consciência de seus julgadores, conclui que a organização piramidal tem a função de viabilizar a existência de um único posicionamento dentro de uma determinada jurisdição, o que fica claro pela existência de um órgão de vértice, com competência para resolver, por último, cada controvérsia.

Embora o modelo de organização fosse pesado, no que se refere à sua estrutura, permitindo um longo caminho de recursos em cada ação judicial, isso não deveria ser justificativa para que a prestação judiciária fosse lenta, não efetiva e antieconômica, de maneira que, além de aderir a decisões de instâncias superiores em cumprimento da sua função de uniformização, as Cortes inferiores passaram a aderir a tais posicionamentos como forma de entregar a decisão definitiva de conteúdo já na primeira prestação jurisdicional, tornando efetiva a prestação jurisdicional, promovida com celeridade, sem que submetesse a parte a necessários recursos para que obtivesse o provimento conforme o posicionamento da Corte de vértice.

Ou seja, cada julgador cumpriria o seu papel de peça componente de um sistema que funciona para a finalidade de resolver conflitos aplicando o direito. Cada julgador deixaria, com isso, de pretender fazer justiça ele mesmo em cada caso.

Mas, mais importante que todos esses fundamentos e efeitos, o exercício da jurisdição de acordo com o *stare decisis* tem o efeito de despersonalizar a prática judiciária, fazendo com que juízes apliquem decisões desejadas pelo *sistema* e não decisões desejadas por eles mesmos, além de promoverem a aplicação impessoal do direito, ou seja, inibindo

que fossem proferidas decisões incapazes de serem aplicadas a quaisquer outros casos análogos, o que configura claríssima coibição da prática de arbitrariedades em julgamentos.

Em decorrência disso, a *jurisprudência* passaria a constituir verdadeira baliza para a conduta diária de cidadãos, uma vez que por meio dela seria possível o conhecimento do direito.

Tais observações ficam ainda mais interessantes ao constatarmos que soberanias de *common law* também se valem da regulamentação de assuntos por meio do direito escrito legislado (*statute law*), típico do modelo de *civil law*. Esses países caminham, atualmente, para uma produção legislativa mais volumosa, especialmente voltada para as relações jurídicas que tenham por objeto a restrição de direitos pelo Estado¹⁸⁸.

Também no que se refere à aplicação do *statute law*, as jurisdições de *common law* se valem da teoria do *stare decisis*, fazendo valer a rigidez na aderência ao posicionamento do caso precedente para a própria Corte que proferiu a decisão, assim como para as Cortes inferiores a ela submetidas (para julgamento de recursos). Robert Summers (2016, p. 372), em referência ao modelo norte-americano, e Bankowski, MacCormick e Marshall (2016, p. 329) apontam a forte vinculação do Poder Judiciário a precedentes firmados sobre interpretação do *statute law*, especialmente fundamentada na possibilidade de o Poder Legislativo possuir competência para promover a revogação ou reforma do dispositivo interpretado. Sobre o *statute law*, portanto, o Poder Judiciário firma e afirma a sua posição, sendo que eventual discordância sobre o conteúdo da *jurisprudência* deverá ser manifestada perante o órgão legislativo competente para a mudança da lei (*statute law*).

Considerando, então, o conteúdo da doutrina do *stare decisis*, é possível a afirmação de que essa doutrina impõe a *vinculação* do próprio juízo e dos juízos *a quo* às decisões anteriormente proferidas. É muito importante saber, diante disso, o que deve significar essa *vinculação*. Vejamos.

3.3.1 A vinculação do juiz no *stare decisis*

¹⁸⁸ Nesse sentido: MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 2-5; SUMMERS, 2016, p. 365; BANKOWSKI; MACCORMIK; MARSHALL, 2016, p. 324.

Afirmar a *vinculação* de um julgador, no ambiente do *stare decisis*, às decisões precedentes proferidas por ele mesmo ou por Cortes que lhe sejam superiores significa o primeiro (embora o mais importante) dos passos para o conhecimento dessa teoria. Sempre nos preocupando com elementos de aproximação que possam ser utilizados no sistema brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, parece-nos adequado apresentar, ainda que brevemente, dois elementos relacionados a essa vinculação: a sua força cogente e ao que o julgador se vincula.

A título de *força cogente* pretendemos apresentar os mecanismos inerentes ao *stare decisis* que, efetivamente, *vinculam* o juiz, ou seja, tolhem-lhe a possibilidade de divergir da decisão precedente. Para nos fazermos mais claros: qual diferença haveria entre os sistemas judiciários para dizer que o juiz do *common law* está vinculado às decisões suas e superiores e o juiz de *civil law* a nenhuma delas.

Apressamo-nos em afirmar: não há nenhuma diferença. Vejamos.

Já fizemos referência acima à doutrina que define a juridicidade de uma regra a partir da existência de uma sanção (LOSANO, 2007, p. 557). Ou seja, para que uma norma seja considerada jurídica, haveria a necessidade de uma regra determinar uma atuação do Estado-juiz para impor o seu cumprimento. Com base nisso, aponta-se que a norma jurídica completa é composta da norma primária, que regula relações jurídicas, e da norma secundária, que determina a prestação judiciária para forçar o seu cumprimento¹⁸⁹.

Dizer que o juiz de *common law* está vinculado ao cumprimento do precedente poderia causar a imaginação de que, proferindo decisão em sentido contrário, o juiz estaria sujeito a uma atuação estatal para forçá-lo à adesão à decisão precedente ou, então, ao cumprimento de uma penalidade pessoal. Não é isso, contudo, que acontece.

Já inicialmente, cumpre apontar que há, também no ambiente de *common law*, juízes que não seguem precedentes aos quais estariam vinculados, conforme observa Evan Caminker (1994, p. 818-819), após apresentar o dever de vinculação:

¹⁸⁹ São as palavras de Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 138): “Na completude, as regras do direito têm feição dúplici: (i) norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; (ii) norma secundária (ou perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária.

Inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, normas sancionatórias. [...]”

O conceito de norma jurídica completa também está presente em Hart (2009, p. 118), que aponta como um dos elementos caracterizadores do direito a existência da norma secundária, que tem por objetivo garantir o cumprimento da norma jurídica primária.

Not every inferior court judge accepts this passive role. On rare occasion, a judge simply refuses to follow a Supreme Court precedent that she considers Lawless, aware that her decision will face reversal on appeal but nevertheless committed to exercising her small universe of judicial power in accord with her Best legal skills and conscience [...] ¹⁹⁰.

O excerto deixa claro que é possível ao juiz de *common law* não seguir precedentes, caso ele entenda que o posicionamento que o vincula não é o mais correto. Essa possibilidade segue o debate, também ativo nas soberanias de *common law*, sobre o dever, ou não, de seguir precedentes (ALEXANDER, 1989, p. 3).

A afirmação de Caminker acima transcrita deixa claro que ao juiz de *common law* que se negar a decidir conforme precedente não caberá nenhum tipo de sanção ou correição, mas apenas a atribuição da tarefa, à parte, de apresentar recurso para obtenção de decisão que siga a decisão precedente.

De fato, se considera que a decisão proferida em desacordo com o precedente é uma decisão que descumpre o *direito* e que, portanto, deve ser reformada. E é essa certeza de reforma (e apenas ela) que estabelece o primeiro passo para dizer que o juiz está vinculado ao precedente. Aleksander Peczenik (2016, p. 463) aponta que a vinculação formal é expressada pelo fato de que “a judgment not respecting a precedent’s bindingness is not lawful and so is subject to reversal on appeal” ¹⁹¹, sendo que Summers (2016, p. 368) e Bankowski, MacCormick e Marshall (2016, p. 325) se manifestam em igual sentido.

Não há, portanto, garantia jurídica no sentido de que um juiz de *common law* decida em cumprimento ao *direito* (costume + precedente), do mesmo modo que não há garantia, no ambiente de *civil law*, de que o juiz decida em cumprimento do *direito* (lei + precedente).

O que diferencia, de fato, os dois sistemas é o compromisso que os juízes de *common law* possuem com as manifestações prévias proferidas pelo *sistema judiciário*, como forma de aplicação uniforme do direito, viabilizando a segurança jurídica (determinada pelo conhecimento do direito) e a eficiência/efetividade do funcionamento do Poder Judiciário.

Diferente é o caso do juiz de *civil law*, que, sob a justificativa de aplicar a *lei*, acaba por atuar em descompromisso com as manifestações do *sistema judiciário*, o que, de fato,

¹⁹⁰ Em nossa livre tradução: “Nem todos os juízes de cortes inferiores aceitam este papel passivo. Em raras ocasiões, um juiz simplesmente se recusa a seguir um precedente da Suprema Corte por considerá-lo não jurídico, sabendo que a sua decisão irá ser revertida em recurso, mas, apesar disso, se empenha em exercer o seu pequeno universo de poder jurisdicional, de acordo com as suas melhores habilidades legais e consciência. [...]”

¹⁹¹ Em nossa livre tradução: “o julgamento que não respeita a força vinculante do precedente não é jurídico e, por isso, está sujeito à reforma em recurso”.

causa uma irregular aplicação do *direito* (que, apesar de ser um só, é concretizado em sentidos diferentes), submetendo litigantes e cidadãos à insegurança jurídica sobre o conteúdo do ordenamento jurídico e forçando o Poder Judiciário à ineficiente e não efetiva atuação, decorrente da submissão de um fabuloso número de recursos para julgamento de Tribunais e Cortes Supremas.

Afirmado essa reflexão, há doutrina que considera impróprio falar em vinculação a precedentes em qualquer dos dois modelos de direito, mas na força que esses julgados possuem em cada um dos sistemas. (TARUFFO, 2011, p. 144; PECZENIK, 2016, p. 461)

No que se refere aos precedentes de Cortes superiores àquela em que o caso esteja em avaliação, as consequências da não adesão são as mesmas para os dois modelos, submeter a parte ao recurso para que ela (parte) obtenha o provimento tipicamente praticado pelo *sistema jurisdicional*. A grande diferença, de fato, é que no sistema de *common law* há verdadeiro interesse do Poder Judiciário em evitar a interposição de recurso, como força de afirmação da certeza do direito e da eficiência/efetividade no funcionamento da máquina judiciária.

Trata-se, como afirma Daniel Farber (2005, p. 1178)¹⁹², de uma questão de humildade do julgador, capaz de submeter as suas opiniões, convicções e ideologias aos posicionamentos firmados pelo *sistema* do qual ele é uma parte (e não o todo).

Estabelecido o conceito de vinculação, que não pressupõe nenhuma estrutura ou regra de constrangimento típicas ao *common law*, cumprem algumas breves considerações sobre ao que, de fato, o juiz está vinculado ao decidir.

3.3.1.1 O objeto da vinculação

Ainda que tenhamos apresentado a evolução do *common law*, esperamos ter deixado a relação entre o direito comum e a decisão judicial, especialmente no que se refere à divergência entre as correntes doutrinárias que classificam as fontes daquele direito. Veja-se, nesse sentido, que o *common law* tem como primordial fonte os costumes e os princípios

¹⁹² São suas palavras: “A second reason is humility. It would be arrogant to assume that we alone have access to wisdom. The views of earlier decision makers are entitled to a respectful hearing for that reason alone.”

gerais que conduzem a sociedade, de modo que à decisão judicial cabe a sua identificação e exposição para a fundamentação da solução de controvérsias.

Conforme expusemos, a práxis do *common law* caminhou no sentido de que maior *certeza* sobre o conteúdo do direito fosse permitida aos cidadãos, o que conduziu à conclusão de que, para produzir uma decisão, o juiz deveria atentar-se para a consistência com as decisões já proferidas, nelas buscando a regra de direito consuetudinário usada para resolver o caso precedente passível de aplicação no caso em análise.

Veja-se, então, que a natureza de um direito não escrito impunha aos julgadores que buscassem regras jurídicas, em casos precedentes, que expressassem o conteúdo do direito comum para a aplicação em favor da solução de casos concretos.

De acordo com Allen (1939, p. 207-208), o juiz deveria buscar os princípios gerais usados em decisões anteriores para decidir sobre controvérsias em análise. Aparece, nessa conduta, a demanda por consistência no sistema. Em um momento histórico em que a sociedade ainda não era marcada pelas relações de massa, a consistência do sistema legal de *common law* demandava que os seus princípios básicos fossem aplicados coerentemente.

Há, em observação à história da aplicação do *common law*, a preocupação dos juízes em demonstrar o fundamento que conduz à decisão, já que a regra jurídica não existe formalizada em nenhum outro lugar. É isso que viabiliza, certamente, o cumprimento do dever de tratamento igualitário e não arbitrário, na medida em que o juiz deveria demonstrar a inserção de uma determinada norma no sistema de *common law*.

Como efeito, portanto, da natureza desse modelo de direito, passou-se a busca pela regra de direito inerente à solução de cada caso jurídico em casos precedentes. Veja-se que o julgador deveria entender os princípios gerais do direito, expressados em casos precedentes, ainda que as condições fáticas e de direito específico pudessem ser absolutamente diferentes, para, com base nesses princípios, produzir decisões coerentes com o sistema.

Evidentemente, com o aumento do acervo de decisões, a obtenção de regras específicas para a solução de casos passou a ser mais comum em precedentes. No processo decisório, contudo, considerando a inexistência de um direito escrito, o julgador continuou tendente a apresentar, com alto grau de determinação, a razão jurídica necessária e suficiente para a solução do caso.

É dentro desse contexto que se afirma que o que vincula em um precedente é a sua *ratio decidendi*¹⁹³.

Antes de comentários específicos, cumpre reafirmar que toda decisão já proferida é um precedente. Contudo, em uma primeira aproximação, não será todo precedente que terá aptidão para instruir juízes ao julgamento de casos posteriores, considerando, justamente, a possibilidade de determinação da sua *ratio decidendi*.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 223), a *ratio decidendi* “é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma”. Expressa, portanto, a regra de direito necessária e determinante para a solução de uma controvérsia. Ela se opõe, pelas suas características, ao *obiter dictum*, que são as questões e argumentos incidentes para a solução do caso, ou seja, aqueles que, se retirados da fundamentação, não fariam diferença no resultado do julgado.

É importante que se perceba, diante dessa definição, que embora o modelo de *common law* sugira a aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes, é muito comum que seja impossível a sua identificação, tendo em vista a conclusão de julgamentos por maioria de votos (SUMMERS, 2016, p. 317), a divergência sobre fundamentos (BANKOWSKI, MACCORMICK, MARSHALL, 2016, p. 317), a existência de grande número de julgados precedentes que possam se contradizer (SUMMERS, 2016, p. 404) e a própria dificuldade de interpretação textual das decisões.

Veja-se, ainda, que no momento em que proferida uma decisão, é apenas uma decisão voltada para solucionar um caso concreto, de modo que somente a ciência e a adoção da sua *ratio decidendi* em juízos posteriores é que farão desse precedente um precedente aplicável (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 175). É possível que haja, nesse modelo, decisões que, embora sejam decisões precedentes, não tenham os seus fundamentos aplicáveis em casos futuros.

Considerando essa aplicação tradicional do precedente, Bankowski, MacCormick, Moranwski e Miguel (2016, p. 497) aprofundam a avaliação da utilização do precedente para apontar três diferentes aspectos em que a sua força pode ser exercida da mesma maneira.

¹⁹³ Renato Lopes Becho (2017, p. 520) estabelece a relação entre *ratio decidendi* e *stare decisis*: “O precedente judicial no *Common Law* é construído a partir da *ratio decidendi* (razões da decisão ou razões de decidir), definido por Michael Zander como ‘a proposição legal daquele que decide um caso [judicial], à luz ou no contexto dos fatos’. A razão da decisão normalmente é alcançada por processos de elucidação (v.g. dos princípios gerais de direito aplicáveis na solução da controvérsia). É a *ratio decidendi* que gera, normalmente, o *stare decisis*, ou o respeito às decisões anteriores, significando que o juiz atual não deve modificar o que já está estabelecido em decisão anterior, é dizer, no precedente.”

Como o primeiro deles, os autores apontam o *modelo de analogia particular*¹⁹⁴, segundo o qual a *decisão* (e não os fundamentos) de um caso precedente é replicada no caso em análise, tendo em vista a identidade de fatos, ou seja, a vinculação se daria quanto à decisão; o segundo é o *modelo de declaração da regra*¹⁹⁵, típico da aplicação tradicional, até aqui referida, que parte da identificação da *ratio decidendi* para a sua aplicação no caso em decisão, ou seja, a vinculação se daria quanto ao fundamento; o terceiro é o *modelo de exemplificação de princípios*¹⁹⁶, em que o precedente é usado para demonstrar a extensão de um determinado princípio de direito, permitindo uma melhor ciência sobre o seu campo de positividade.

Os autores, após tais definições, apontam que países de *common law* tendem à utilização preponderante dos dois primeiros modelos, enquanto países de tradição de *civil law* tendem à maior afinidade com a aplicação de precedentes nos primeiro e terceiro modelos (BANKOWSKI; *et al.*, 2016, p. 498).

A diferenciação entre modelos de aplicação de precedentes tem o efeito de apontar um caminho para a aproximação da atuação dos juízes *civil e common law*. É adequado, a partir das lições dos autores, reconhecer que a aplicação de precedentes não depende, necessariamente, da identificação da uma *ratio decidendi*, o que acaba por afastar a adoção da teoria do *stare decisis* por soberanias de *civil law*, nas quais, tradicionalmente, os juízes não têm grande preocupação em esclarecer o fundamento necessário e determinante para a sua decisão que, obviamente, é a lei, ou de, quando em julgamentos colegiados, discutirem para concordarem sobre fundamentos, mas apenas pela concordância quanto ao resultado.

Ao reconhecer que também faz parte da doutrina do *stare decisis* a vinculação ao resultado de julgamento para casos análogos e à exemplificação do conteúdo de princípios, torna-se mais viável a sua aplicação em ambientes de *civil law*, questão que abordaremos, mais detida e especificamente, sobre o modelo brasileiro, adiante.

Cumprido, por ora, concluir que a vinculação no *stare decisis* não se dá somente com a *ratio decidendi* de julgados precedentes, mas também com o resultado do julgamento (o que é extremamente útil na sociedade moderna, marcada pelas lesões de direitos individuais-homogêneos) e com a exemplificação do campo de positividade dos princípios.

¹⁹⁴ No original: “*the model of particular analogy*”.

¹⁹⁵ No original: “*the rule-stating model*”.

¹⁹⁶ No original: “*the principle-exemplifying model*”.

O *stare decisis*, como estamos vendo, é, realmente, instrumento eficiente para prover a segurança e a certeza do direito. Em despeito dessa eficiência, a sua utilização não esteve a salvo de críticas no sentido de que a sua rigidez terminaria por dar absoluta preponderância à certeza do direito em detrimento do seu conteúdo, uma vez que, decidida a questão, a sua mudança seria impossível, o que causou grave crise no *common law* inglês, conforme passamos a apresentar.

3.3.2. A “crise” do *stare decisis* na Inglaterra

O *stare decisis* representou, conforme apresentado, o método desenvolvido pelo *common law* para viabilizar a uniformização do direito vigente, por meio da segurança sobre o seu conteúdo e da coerência na atuação judiciária, marcada pela organização hierarquizada. Para isso, em seu conteúdo original, o *stare decisis* determinava o insuperável dever da Corte de seguir os seus próprios precedentes, assim como de as Cortes inferiores seguirem os posicionamentos das Cortes superiores.

Seguindo julgado de 1898, a própria *House of Lords* se vinculava aos seus posicionamentos, recusando-se a nem sequer revê-los, sob o fundamento de garantir a certeza do direito.

Essa rigidez, contudo, colocava o Poder Judiciário em situações de difícil opção, quando da obediência a um precedente resultava uma decisão que claramente afrontava princípios básicos do *common law*, enquanto direito consuetudinário.

Lembre-se que, havendo o precedente, da própria Corte ou de Corte Superior, não havia opção de decisão, senão segui-lo, de acordo com as normas decorrentes da prática judiciária. Essa aplicação, contudo, muitas vezes afrontava diretamente a realização da justiça no caso concreto.

Aponta-se que, como fruto dessa rigidez, os Tribunais ingleses, em vez de enfrentarem os precedentes para discutir a sua alteração, refinaram a prática do *distinguishing*, ou seja, a diferenciação entre o caso em análise e o precedente (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 326) para deixar de aplicar o precedente. O extremo esforço para a diferenciação de casos, naquelas condições, configurava uma manobra para superar a aplicação de um precedente que era de observação obrigatória.

Note-se que, assim como ocorrido no modelo de *civil law* no pós-Segunda Guerra, o modelo de *common law* incorria no paradoxo decorrente da obrigação de cumprimento do direito formal (em um modelo a lei, em outro o precedente), ainda que injusto¹⁹⁷. Ou seja, o modelo de positivismo do *common law*¹⁹⁸ passava pela mesma crise do modelo positivista de *civil law*, opondo a segurança jurídica (certeza do conteúdo do direito) ao dever de realização de justiça por meio do direito.

Ainda que as consequências do positivismo legalista, com a sobreposição da forma sobre o conteúdo, tenham sido catastróficas, também em terreno europeu não continental se buscava uma resposta para a demanda de controle do direito pelo conteúdo, e não apenas pela forma.

O primeiro passo para que esse ajuste fosse feito na forma de aplicação dependia do reconhecimento, pelo próprio sistema, da possibilidade de o Poder Judiciário rever posicionamentos que já não correspondiam ao conteúdo do direito comum. E isso aconteceu.

Em 1966, a *House of Lords* publicou uma normativa que viria a ser conhecida como *Practice Statement*, em que a Corte se manifestou no seguinte sentido:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Nesse sentido: BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 332. Merece diferenciação, neste ponto, o tratamento dado pelo *common law* a decisões *per incuriam*, aquelas que estariam fundamentadas em algum erro. Nesses casos, Becho (2017, p. 524-525) aponta que em 1944 havia manifestações de Cortes de julgamento inglesas declarando a impossibilidade de aplicação de determinado precedente sob a demonstração de aquela decisão ter sido tomada com algum tipo de descuido, que a tornaria de inadequada aplicação.

¹⁹⁸ Dworkin (1999, p. 46) reconhece a aplicação da doutrina positivista, também, para o modelo de *common law*.

¹⁹⁹ Em nossa livre tradução: “Suas Senhorias observam o uso do precedente como um alicerce indispensável para se decidir sobre o que é o direito e sobre a sua aplicação a casos individuais. Ele fornece ao menos algum grau de certeza sobre o qual os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios e que é base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas.

Suas Senhorias, no entanto, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em um caso específico e, também, restringir injustamente o desenvolvimento adequado da lei. Diante

Embora a Corte tenha deixado claro que a sua decisão não afetaria o *stare decisis* no que se refere à sua aplicação em Cortes inferiores, houve o reconhecimento de que a rígida vinculação ao precedente impunha, muitas vezes, decisões injustas para casos concretos e configurava impedimento para a evolução do direito. Aquela Suprema Corte, a partir disso, reconheceu a possibilidade de, estando diante de um precedente inadequado, que a sua aplicação fosse expressamente abandonada.

Apesar de a decisão da *House of Lords* ter flexibilizado apenas levemente o *stare decisis*, a possibilidade de superação de precedentes representou o retorno do sistema de *common law* às suas bases naturais.

Esse retorno às bases do direito comum, com a aplicação do direito consuetudinário, fortaleceria a doutrina que defendia a coparticipação dos costumes e dos precedentes na composição do *direito*. A explicação de Eisenberg (1988, p. 1-2) deixa isso claro:

In developing the institutional principles that govern the establishment of the common law, it is essential at the outset to distinguish between two types of propositions that figure in common law adjudication: doctrinal propositions and social propositions. By doctrinal propositions, I mean propositions that purport to state legal rules and are found in or easily derived from textual sources that are generally taken to Express legal doctrine. The most obvious group of doctrinal sources consists of official texts that are generally regarded as binding on a deciding court – principally, the so-called primary legal sources, such as statutes and precedents of the deciding court’s jurisdiction. [...]

By social propositions, I mean all propositions concerning the world other than doctrinal propositions, such as propositions of morality, policy and experience.

Most modern analyses of law and adjudication can be largely defined in terms of their treatment of the interplay between doctrinal and social propositions, and the criteria that social propositions must satisfy if they are to be employed in establishing legal rules²⁰⁰.

disso, eles propõem modificar a sua prática atual para, embora tratando as decisões anteriores desta Corte como normalmente vinculantes, se afastar de decisões anteriores quando isso parecer o certo a ser feito.

Nesse contexto eles irão considerar o perigo de perturbar retrospectivamente as bases nas quais contratos, escrituras de propriedades e regimes fiscais foram firmados e também a necessidade especial de segurança jurídica do direito penal.

Este anúncio não se destina a afetar o uso do precedente em outros lugares, senão nesta Corte.”

Disponível

em:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>, consultado em 25/05/2018.

²⁰⁰ Em nossa livre tradução: “Para o desenvolvimento dos princípios institucionais que alicerçam o *common law*, inicialmente é essencial distinguir entre dois tipos de proposições que figuram na aplicação do *common law*: proposições doutrinárias e proposições sociais. Por proposições doutrinárias, quero dizer proposições que objetivam estabelecer regras jurídicas e são encontradas em, ou são facilmente derivadas de, textos oficiais que são geralmente usados para expressar normas legais. O grupo mais óbvio das fontes doutrinárias consiste nos textos oficiais que geralmente são considerados como vinculantes em um tribunal – principalmente, as chamadas fontes legais primárias, como as leis escritas e os precedentes da jurisdição da própria corte. [...]

Após 1966, portanto, o *common law* inglês expressamente se abre para retomar os costumes, chamados por Eisenberg de *proposições sociais*, como fontes do direito, capazes, inclusive, de impor a superação de uma regra formalmente determinada por meio de um precedente.

Ainda que a liberdade para fazer isso tenha sido entregue somente à Suprema Corte inglesa, podemos afirmar que, assim como no positivismo legalista, o sistema jurídico se abriu à juridicização de valores, o que, em um sistema, foi feito pela via da aplicação dos costumes diretamente e, no outro, pela via da positivação dos valores. Embora as causas e métodos tenham sido diferentes, em ambos os casos viu-se a necessidade de controle por conteúdo, e não só forma, do direito positivado, seja pela lei, seja pela decisão judicial.

As alterações nos dois modelos de direito demonstram a necessidade da constante adaptação social do direito, o que é um sistema é levado a efeito pela interpretação dos costumes e em outro pela interpretação e aplicação dos princípios. Eros Grau (2017, p. 78-79) aponta a constante tensão entre as ideologias da *interpretação estática* do direito, tendente à manutenção da sua certeza e segurança, e da *interpretação dinâmica* do direito, voltada para a sua adaptação social.

As respostas impostas pelos dois modelos apontam para a dinâmica na interpretação do direito, o que, sem dúvida, marca a sua capacidade de evolução para responder, adequadamente, às mudanças sociais. Isso não deve significar, entretanto, o abandono da interpretação jurídica voltada para a segurança do direito em seu conteúdo, de maneira que a mudança no sentido das regras jurídicas deve ser exceção, e não regra, sob pena de o sistema jurídico tornar-se incapaz de regulamentar condutas com efetividade, tendo em vista o desconhecimento do conteúdo da lei pelo cidadão. Sobre a relação entre mudanças e estabilidade, Taruffo (2011, p. 147) afirma que o problema do direito não é a mudança, mas as formas em que essas mudanças se dão. São as palavras do autor:

Na realidade, como foi assinalado já há tempos, sobretudo por Gino Gorla, mas também por outros autores, o problema não depende da circunstância de que uma corte superior altere a orientação e não siga passivamente os próprios precedentes: o problema surge quando estas variações são muito frequentes, arbitrárias, casuais

Por proposições sociais, quer dizer todas as proposições concernentes ao mundo além de proposições doutrinárias, tais como proposições da moral, da política e a experiência.

Análises mais modernas do direito e da sua aplicação podem ser em grande parte definidas a partir do seu tratamento da interação entre proposições doutrinárias e sociais, e os critérios que as proposições sociais devem satisfazer para estarem aptas a serem empregadas na composição de regras legais.”

e privadas de justificação séria, como não raro ocorre na jurisprudência da nossa Corte de Cassação.

A abertura do direito para o seu controle pelo conteúdo não excepciona a sua demanda por segurança e certeza, mas a complementa, na medida em que as alterações são exceções que devem ser levadas a efeito somente quando houver fortes justificativas que a demandem. Veja-se que a *objetividade* da decisão judicial, com a decorrente despersonalização da jurisdição, determina que a mera convicção pessoal do julgador não deve ser elemento suficiente para mudança do conteúdo do direito, que pressupõe a demonstração das razões para tal mudança, seja pela evolução do conteúdo de determinado princípio perante a sociedade, ou do erro no conteúdo anteriormente determinado²⁰¹.

Fique claro: o *stare decisis* não deixou de ter força no modelo de *common law*.

Considerando todo esse contexto, devemos concluir que o momento pós-positivista aproxima os dois modelos de direito, na medida em que os Estados legalistas passam a ter nos princípios uma porta aberta para a “livre” atuação judiciária no que se refere à fundamentação direta de decisões em normas de amplíssima abstração e conteúdo axiológico (princípios) e na exclusão de regras do ordenamento por motivo de inconstitucionalidade.

²⁰¹ J. W. Harris (1990, *et al.*) promove estudo sobre o *overruling*, ou seja, a superação de entendimentos pelo poder judiciário, apresentando quatro princípios que devem conduzir a Corte no processo de mudança. O primeiro princípio aponta no sentido de que não cabe à Corte apenas apontar o erro na decisão anterior; deve, para o exercício do *overruling*, demonstrar a mudança de algo que justifique a alteração da regra, evitando, assim, incertezas decorrentes de simples mudança de pensamento dos julgadores. Deve-se apontar, necessariamente, algo ignorado no julgamento anterior. Isso evita a indesejável possibilidade de demandantes tentarem voltar à corte com a expectativa de uma decisão diferente. Assim, a mudança de julgadores não é justificativa suficiente para fundamentar a mudança de uma regra.

O segundo princípio é da confiança justificada, que visa evitar a insegurança e a incerteza causada pela alteração de regras, especialmente considerada a possibilidade de retroação de entendimentos. Isso se deve ao fato de cidadãos pautarem as suas condutas a partir de regras emanadas dos precedentes, de modo que a sua substituição causa insegurança, especialmente se pensadas questões sensíveis, como a tributação.

Em questões criminais a preocupação não é menor, mas pode colocar a Corte em pontos de difícil solução. Não há, evidentemente, a possibilidade de punição de crimes que antes de sua prática não sejam assim qualificados. Há questões de *common law*, contudo, que permitem reconhecer que o julgado anterior não sirva de alibi para a prática delituosa. Há, ainda, a dificuldade de *overruling* para a descriminalização de condutas, já que cidadãos já teriam sido condenados dentro de mesmas condições.

O terceiro princípio de restrição está no reconhecimento de casos em que a Corte deverá informar o Parlamento da necessidade de alteração da regra legal, sob pena de usurpação de competências. O autor aponta a oposição de duas correntes, uma no sentido de que a competência do parlamento nunca poderá ser usurpada e outra no sentido de que em casos extremos a Corte poderá determinar nova regra.

O quarto princípio é o da irrelevância, segundo o qual o *overruling* deverá ser praticado somente quando o caso se mostre efetivamente relevante para questões práticas, de modo a justificar a ruptura causada no sistema com a alteração de uma regra.

Anda sobre as condições para a prática do *overruling*: MARINONI, 2011, p. 390-458; e EISENBERG, 1988, p. 104-126.

Caso o Poder Judiciário pós-positivista não reconheça, assumido esse seu grande poder, o seu dever de manutenção da consistência da ordem jurídica por meio da coerência e uniformidade entre as suas decisões, a certeza e a segurança do direito poderão ser feridas ao ponto de não permitir aos cidadãos o conhecimento das suas obrigações legais. Gustav Radbruch (2016, p. 108-109)²⁰² afirma que, considerando a indefinição do conceito de *justiça*, esta deve significar a segurança do ordenamento jurídico, capaz de estabelecer e manter a paz e a ordem social, medida possível somente com a *determinação* do conteúdo do direito.

O *stare decisis* é, diante disso, método de necessária aplicação na jurisdição brasileira, o que passamos a avaliar.

3.4 A jurisdição brasileira e o uso de precedentes

Embora o nosso objeto de estudo esteja inserido no ambiente da Constituição Federal, para demonstrarmos que o nosso discurso não está descolado da realidade da legislação vigente no Brasil, cumpre apresentar algumas determinações legislativas que preveem elementos de vinculação a precedentes jurisdicionais ou atribuem força normativa a eles.

Essa apresentação tem importância neste trabalho, pois permitirá transitar, com maior clareza, entre as determinações de natureza constitucional e a prática judiciária brasileira, o que faremos nos itens seguintes a este, nos quais pretendemos amalgamar os princípios constitucionais, as normas de estruturação do Poder Judiciário e a teoria do *stare decisis*, aplicando-os à realidade brasileira.

²⁰² São as palavras do autor: “Com isso, apresenta-se uma terceira exigência do direito, com as mesmas aptidões que as anteriores, um terceiro elemento da ideia do direito: a *segurança jurídica*. Esta exige positividade do direito: se não se pode *identificar* o que é justo, então é necessário *estabelecer* o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer *cumprir* aquilo que foi *estabelecido*. A positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, o próprio pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do conceito do direito justo quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo.

[...] *Que se coloque* um fim à disputa entre as opiniões jurídicas é muito mais importante que colocar-lhe um termo *justo e adequado a um fim*; a existência de uma ordem jurídica é muito mais importante que a sua justiça e utilidade; estas são as tarefas secundárias do Direito, e a primeira, consentida por todos igualmente, é a segurança jurídica, quer dizer, a ordem, a paz.”

Impulsionado pela necessidade de previsão de ferramentas voltadas para a celeridade e eficiência na tramitação de processos no Brasil, o constituinte derivado e o legislador ordinário, há algum tempo, têm previsto técnicas de valorização dos precedentes jurisprudenciais como forma de promover a redução do número de processos no Brasil (BOTTALLO, 2001, p. 14). Muitas dessas criações legislativas se tornaram instrumentos característicos da atuação judiciária, de modo que apresentaremos as mais importantes²⁰³.

Ainda no ambiente do CPC/1973, excepcionando-se a regra de julgamento colegiado pelos Tribunais, o art. 557, com redação dada pela Lei n. 9.756/1998, ampliou as hipóteses²⁰⁴ para julgamento monocrático de recursos por seus relatores, deixando de submetê-los às Turmas ou Câmaras de julgamento²⁰⁵. Além da ampliação das hipóteses para negativa de seguimento, o artigo permitiu a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso a ele submetido, sob o fundamento de cumprimento de “jurisprudência dominante”, conceito redundante já que a jurisprudência guarda em si a qualificação de uniformidade do entendimento do Tribunal (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 550). Cumpre verificar, ainda, que, ao qualificar a jurisprudência por “dominante”, a lei reconheceu a possibilidade de julgamento monocrático embasado em posicionamento não unânime, de modo a entregar a cada julgador a subjetiva capacidade de avaliar o que seria um posicionamento que predominasse²⁰⁶.

O regime de julgamento do recurso de agravo de instrumento, por meio da Lei n. 10.352/2001, foi adequado à técnica de julgamento prevista no art. 557 por meio de alteração realizada no art. 527 do CPC/1973. A mesma lei dispensou a “remessa necessária” para

²⁰³ Guilherme Nunes (2015, p. 58-118) analisa com detença as alterações constitucionais e infraconstitucionais que criaram instrumentos que, valorizando os precedentes jurisdicionais, permitiram a aceleração no processamento de medidas judiciais.

²⁰⁴ Originariamente, cabia apenas ao relator do agravo manifestamente improcedente indeferi-lo por despacho.

²⁰⁵ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.”

²⁰⁶ Cruz e Tucci (2004, p. 262) vê no dispositivo uma previsão de uso *quase vinculante* da jurisprudência.

sentenças que estivessem fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou súmula de Tribunal Superior competente para a análise da matéria, mudando o art. 475²⁰⁷.

Essas alterações tiveram o efeito de “bloquear” a tramitação de recursos que contrariassem entendimentos jurisprudenciais, o que sinaliza para a tentativa de ajuste da atuação *sistemática* do Poder Judiciário, atribuindo a cada instância de julgamento o cumprimento de sua atribuição típica.

Ainda no âmbito do CPC/1973, outras importantes inclusões foram feitas pelas Leis n. 11.276 e 11.277, ambas de 2006, que trataram das hipóteses de julgamento liminar pela improcedência do pedido e da súmula impeditiva de recursos²⁰⁸. Autorizou-se, de acordo com o art. 285-A, o julgamento pela improcedência do pedido sem que, sequer, houvesse citação do réu para a sua contestação. A técnica de aceleração processual, contudo, foi objeto de inúmeros questionamentos sobre a sua constitucionalidade, de modo que a jurisprudência passou a admitir a sua aplicação somente para assuntos de direito em que houvesse conformação do julgamento com a jurisprudência das Cortes Supremas²⁰⁹. Ainda, valorizando a tradição sumular do direito brasileiro²¹⁰, a Lei Processual Civil passou a inadmitir o processamento de recurso de apelação interposto contra sentença fundada em súmula de Tribunal Superior.

Seguindo nas alterações do CPC/1973, a Lei n. 12.322/2010 permitiu aos relatores de recursos de agravo contra seguimento de recursos extraordinário e especial que os julgassem monocraticamente, considerando, especialmente, a existência de súmulas ou

²⁰⁷ “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557 [...]”

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

²⁰⁸ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

“Art. 518. [...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. [...]”

²⁰⁹ “[...] 3. A aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. [...]” (STJ, REsp 1.201.357/AC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, publ. 29/09/2015.)

²¹⁰ José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 233-246) faz a apresentação histórica do precedente no direito brasileiro, demonstrando a influência portuguesa, especialmente dos *assentos*, na nossa prática judiciária.

jurisprudência dominante da respectiva Corte²¹¹. Mais uma vez, o tradicional julgamento colegiado por Tribunais foi relativizado em favor da celeridade e eficiência no processamento de recursos, por meio da juridicização do papel da jurisprudência.

Essas alterações legislativas tiveram em comum o fato de usarem *provimentos* jurisdicionais, ainda que de diferentes categorias (súmula, jurisprudência dominante, jurisprudência do plenário do STF, prévias decisões em igual sentido) como baliza para a solução de conflitos com celeridade. Seguiu-se a lógica de que não haveria razão para que uma mesma discussão fosse analisada de igual forma, pelos mesmos julgadores, para a repetição de decisões por uma infinidade de vezes.

Além disso, ao estabelecer técnicas para, com base em diferentes provimentos jurisdicionais, determinar o bloqueio de recursos, o Poder Legislativo, por meio de alterações no Código de Processo Civil, atestou a organização sistemática do Poder Judiciário, prevenindo que todos os processos fossem levados a julgamento pelo órgão que já tenha se posicionado sobre o assunto em discussão.

Objetivamente, portanto, a lei processual criou elementos para que as manifestações dos Tribunais fossem levadas a efeito além dos limites do processo em que proferidas, entregando mais rápida solução a recursos contra decisões que contrariassem tais manifestações.

Ainda neste ponto, as reformas não foram apenas promovidas na lei ordinária que regula o processo civil, mas também em sede constitucional, por meio da já citada Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou a Súmula Vinculante, provimento do Supremo Tribunal Federal com capacidade de vincular o Poder Judiciário e a administração pública ao seu teor. Além disso, a mesma Emenda Constitucional estabeleceu o requisito de demonstração de repercussão geral da discussão para que o recurso extraordinário passasse a ser recebido e processado pelo Supremo Tribunal Federal.

A demonstração de repercussão geral foi regulamentada pela Lei n. 11.418/2006, que inseriu o art. 543-A no Código de Processo Civil de 1973. Essa mesma lei também inaugurou

²¹¹ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...] § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I – não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II – conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.”

a sistemática de julgamentos dos recursos representativos de controvérsia, inseridos no CPC/1973 pela via do seu art. 543-B para aplicação em âmbito do recurso extraordinário. Pouco tempo depois, a Lei n. 11.672/2008 inseriu o art. 543-C no CPC/1973 para estabelecer igual sistemática para o julgamento de recursos especiais, alterações que mostraram a clara tendência de objetivação da aplicação da jurisprudência.

Ainda que no contexto de julgamento no formato dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 o âmbito de vinculação às decisões proferidas pelo STF e pelo STJ estivesse restrito aos Tribunais, cumpre reconhecer que a eficácia de uma decisão desse tipo ultrapassa os limites do contencioso judicial, já que, estabelecendo a certeza sobre o resultado de uma controvérsia jurídica, tem o condão de desestimular a litigância, criando melhores condições para a composição entre partes antes do ajuizamento de uma medida judicial e, por conseguinte, fazendo concretos o Estado de direito e a segurança jurídica.

Um exemplo em direito tributário é ilustrativo. Após a inclusão dos arts. 543-B e 543-C no CPC/1973, foi promovida alteração no art. 19 da Lei n. 10.522/2003 pela Lei n. 12.844/2013, para entregar competência para que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, após o julgamento de recurso representativo de controvérsia em favor do contribuinte, produzisse norma determinando que os Procuradores da Fazenda Nacional não contestassem ou recorressem em ações judiciais sobre o assunto julgado e que a Receita Federal do Brasil não lavrasse mais autuações e anulasse as já existentes, sobre o assunto julgado²¹².

A alteração promovida na Lei n. 10.522/2003 tem a utilidade de demonstrar a importância da qual a jurisprudência pode gozar. Veja-se que o fundamento último para que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional promova tais dispensas está na baixíssima probabilidade de êxito em demandas sobre tais assuntos e no custo gerado pela manutenção de tais processos perante o Poder Judiciário.

²¹²É o teor do dispositivo: “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: [...] IV – matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; V – matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-C da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. [...] § 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do *caput*, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do *caput*. [...] § 7º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do *caput*.”

Vale observar que as Cortes Supremas não estavam vinculadas à perpetuidade do resultado do julgamento proclamado sob o rito dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 (eles poderiam ser alterados), de maneira que a manifestação na forma desses dispositivos representou, apenas, o adequado exercício da sua função nomofilática, com a proclamação da uniformização do conteúdo do direito vigente. Os dispositivos, contudo, induziram a mudança da prática judiciária para que todo o sistema (inclusive as próprias Cortes Supremas) passasse a respeitar as manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o que, como temos mostrado, já deveria ocorrer como forma de respeito à Constituição Federal de 1988.

O papel da jurisprudência, é evidente, foi fortalecido. Esse contexto de valorização foi levado a grau ainda mais alto pelo Novo Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 13.105/2015, que não se omitiu, tanto para validar a importância da jurisprudência na composição do direito, quanto para regulamentar questões sensíveis sobre a sua aplicação e sobre os seus efeitos acerca de fatos sociais fora do ambiente processual. Alguns desses pontos são dignos de menção.

É significativo o fato de o Código se referir ao dever do juiz de aplicar o *ordenamento jurídico*, e não somente a lei²¹³. Ao prever que o juiz deverá aplicar o ordenamento, o legislador reconhece que ao juiz caberá a avaliação de outros elementos com força normativa além das disposições legais em sentido estrito. Veja-se que a redação do dispositivo se opõe ao art. 126 do CPC/1973, que reconhecia o dever do juiz de aplicar a lei²¹⁴.

Muito embora a experiência já mostrasse que as decisões judiciais não são fundamentadas exclusivamente na lei²¹⁵, ao encampar a capacidade judiciária de aplicar o

²¹³ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

“Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

²¹⁴ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

²¹⁵ Não são incomuns no ambiente judiciário brasileiro decisões que se baseiem somente em precedentes. Veja-se, ainda, que, conforme apresentado acima, a conformidade ou desconformidade de julgados com súmulas ou *jurisprudência dominante* já era, no âmbito do CPC/1973, fundamento suficiente para decisões em determinados contextos. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, para julgamento do REsp 1.358.281/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, publ. 05/12/2014) e do REsp 1.118.893/MG (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, publ. 06/04/2011), o primeiro sobre a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre adicionais e o segundo sobre a relativização da coisa julgada para relações continuadas em direito tributário, ambos submetidos à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, não promove a

ordenamento jurídico, o novo Código se abre ao pós-positivismo, reconhecendo o dever de decidir em conformidade com a *norma jurídica* vigente, que, nos termos em que apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, compreende o texto legal, a sua interpretação e as manifestações jurisprudenciais, tudo conformado pelos princípios jurídicos. O art. 489, § 1º²¹⁶, nesse contexto, estabelece verdadeiro *roteiro* para a adequada fundamentação das decisões.

O “espírito” de valorização da norma jurídica adotado pelo CPC/2015 ficou ainda mais claro na previsão das hipóteses de cabimento da ação rescisória. O CPC/1973 previa como uma das causas para a rescisão de uma decisão a sua “violação de literal disposição de lei” (art. 485, V); já o CPC/2015, em vez de repetir a hipótese, preferiu tratá-la como “violiar manifestamente norma jurídica” (art. 966, V), diferença que faz valorizar a participação da jurisprudência na formação da norma jurídica.

Isso porque há necessidade de que o texto seja interpretado para que dele se extraia uma norma jurídica passível de aplicação (CARVALHO, 2006, p. 82). Essa interpretação, sob pena de se descolar da realidade, deve considerar, não só, o texto legal e a opinião do intérprete, mas a posição do Poder Judiciário (jurisprudência) sobre a questão interpretada, de modo que a jurisprudência passa a fazer parte da constituição do direito, enquanto norma jurídica (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 296)²¹⁷.

No que se refere, especificamente, às manifestações dos Tribunais, o art. 926 positivou verdadeiros deveres ínsitos ao funcionamento do Poder Judiciário. O tratamento isonômico dos cidadãos e de demandas, o eficiente funcionamento e a razoável duração de processos estão intimamente ligados à necessidade de estabilidade, integridade e coerência nos posicionamentos do Poder Judiciário.

avaliação do *direito positivo federal* como fundamento para a decisão, mas a fundamenta, apenas, em outros julgados precedentes.

²¹⁶ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

²¹⁷ O conceito de norma jurídica foi objeto de considerações mais aprofundadas no Capítulo 1 deste trabalho. Ressaltamos daquelas considerações o conceito de norma jurídica apresentado por Renato Lopes Becho (2015, p. 154), pela equação “norma = lei + jurisprudência + interpretação”, o que faz destacar a importância da jurisprudência na composição da norma jurídica.

Sendo o Poder Judiciário o órgão último de resolução de conflitos, o sujeito de direitos, sempre que diante de um potencial conflito, seja ele no campo dos fatos ou do direito, tenderá a pautar a sua conduta a partir das manifestações jurisprudenciais em casos análogos ao seu, contexto no qual a manutenção da estabilidade, integridade e coerência das decisões viabilizará, ainda que sem o ajuizamento de uma ação individual, uma solução para o caso, evitando, muito provavelmente, o ajuizamento de uma nova medida judicial.

Embora o objetivo seja a estabilidade, isso não deve significar a impossibilidade de evolução da jurisprudência. O próprio CPC/2015 reconhece a possibilidade de alterações jurisprudenciais, mas, em favor da estabilidade das relações, entrega, também, ao Judiciário a competência para promover a modulação temporal dos efeitos das suas decisões, conforme previsto no art. 927, § 3º, daquele Código, o que deve ser promovido com fundamento na concretização da segurança jurídica, na proteção da confiança e na isonomia.

O fato de o Código de Processo Civil autorizar expressamente a modulação de efeitos de decisões que alterem a jurisprudência significa o reconhecimento de que, em alguma medida, a jurisprudência até então dominante possuía efeitos normativos. Ou seja, aqueles que pautaram a sua conduta pela jurisprudência podem ser protegidos contra alterações, o que é atestado de que as manifestações judiciais têm força para regulamentar condutas, ou seja, possuem força normativa.

Essa força normativa da jurisprudência serviu como fundamento para a 1ª Turma do STJ reconhecer o direito de o contribuinte não sofrer a exigência de tributo incidente sobre fatos ocorridos enquanto a jurisprudência reconhecia a sua não incidência, julgamento já mencionado no item 2.2.1 deste trabalho²¹⁸. É de relevo, sobre o caso, esclarecer que a

²¹⁸ Transcrevemos a ementa, não apresentada na primeira menção ao julgado: “DIREITO TRIBUTÁRIO. INTERPRETAÇÃO QUE DEVE LEVAR EM CONTA O SENTIDO GARANTÍSTICO DOS DIREITOS E INTERESSES DO CONTRIBUINTE. NÃO INCIDÊNCIA NO IRPF SOBRE O VALOR DO ABONO DE PERMANÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA 1a. TURMA DO STJ NO AGRG NO RESP. 1.021.817/MG, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJE 1.9.2008. MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PROCEDIDA PELA 1a. SEÇÃO DO STJ. RESP. 1.192.556/PE, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 6.9.2010. EFICÁCIA IMPOSITIVA QUE SE INICIA SOMENTE A PARTIR DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO DA FAZENDA PÚBLICA PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A mutação jurisprudencial tributária de que resulta oneração ou agravamento de oneração ao Contribuinte somente pode produzir efeitos a partir da sua própria implantação, não alcançando, portanto, fatos geradores pretéritos, consumados sob a égide da diretriz judicante até então vigente; essa orientação se apoia na tradicional e sempre atual garantia individual de proibição da retroatividade de atos oficiais (ou estatais) veiculadores de encargos ou ônus: sem esse limite, a atividade estatal tributária ficaria à solta para estabelecer exigências retro-operantes, desestabilizando o planejamento e a segurança das pessoas. 2. Neste caso, a não incidência do IRPF sobre o Abono de Permanência estava claramente albergada na jurisprudência desta Corte Superior (AgRg no REsp. 1.021.817/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 1.9.2008), o que somente veio a ser alterado com o julgamento do REsp.

decisão não foi fundamentada em dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, mas no princípio da segurança jurídica.

Assim, ao autorizar a modulação dos efeitos da decisão que altere a jurisprudência, o CPC/2015 pretende proteger aquele que se planeja considerando (e confiando) a jurisprudência das Cortes Supremas, de modo a garantir que os atos de acordo com ela (jurisprudência) praticados estejam sempre qualificados pela sua legalidade.

Esse mesmo art. 927 estabelece, ainda, regras a serem seguidas pelo Poder Judiciário em atos de julgamento, iniciando pelas manifestações jurisprudenciais que deverão ser *obrigatoriamente* seguidas pelo julgador. Embora o dispositivo seja objeto de críticas sobre a confusão entre as categorias de precedente e de jurisprudência (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 550-551), avaliando-o em conjunto com o art. 926, é possível afirmar a positivação do dever de observação de manifestações precedentes tanto no plano horizontal, pelo próprio Tribunal que a proferiu, quanto no plano vertical, entre os Tribunais e juízos de diferente hierarquia, fazendo aplicável, no plano legal, a doutrina do *stare decisis*.

O CPC/2015 manteve, ainda, a sistemática de solução de demandas repetitivas previstas pelo CPC/1973, ampliando o âmbito de instauração do incidente para que os Tribunais, e não só as Cortes Supremas, nos termos da redação dos arts. 976 e 1.036, que tratam do incidente em notas gerais e perante as Cortes Supremas, respectivamente.

Em âmbito dos Tribunais, considerando o teor do art. 976 e seguintes do CPC/2015, o resultado do julgamento será aplicável a todas as ações individuais e coletivas em trâmite perante o próprio Tribunal e perante os juízos de primeira instância de sua jurisdição, sendo que o descumprimento do quanto decidido no incidente permitirá o ajuizamento de reclamação perante o Tribunal. O recurso extraordinário interposto contra a decisão terá repercussão geral presumida. Já o art. 1.036 prevê a instauração do incidente perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, seguindo, na essência, o mesmo rito de processamento previsto pelo CPC/1973.

1.192.556/PE, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, relatado na 1ª. Seção pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 6.9.2010. Essa alteração jurisprudencial do STJ não pode surpreender os Contribuintes que realizaram fatos geradores anteriores a ela, sendo isso uma regra intransponível da ordem jurídica democrática, como altissonantemente apregoava o Professor GERALDO ATALIBA, na sua obra: *República e Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2004. 3. Recurso da FAZENDA PÚBLICA parcialmente provido, para afirmar que incide o IRPF sobre o valor do Abono de Permanência, mas somente a partir de 2010, data do julgamento do REsp. 1.192.556/PE, ressalvada a prescrição quinquenal, anotando-se que a decisão repetitiva ainda não transitou em julgado.” (STJ, REsp 1.596.978/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, decisão por maioria publ. 01/09/2016.)

A novidade do CPC/2015 nesse aspecto fica com a previsão da instauração do “Incidente de Assunção de Competência”, previsto pelo seu art. 947, que prevê a possibilidade de qualquer Tribunal, estando diante de relevante questão de direito, com repercussão social, mas sem multiplicidade de ações, instaurar incidente para julgamento da questão com a finalidade de vincular todos os juízos inferiores ao resultado do seu julgamento.

Com isso, o art. 947 criou uma nova hipótese de julgamento vinculante, no sentido de garantir julgamentos coerentes pelo Poder Judiciário a questões consideradas relevantes para o interesse social. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 560) apresentam o instituto à luz de duas finalidades, sendo a primeira a de exteriorizar a posição da Corte sobre um determinado assunto que seja de relevante interesse social, garantindo tratamento isonômico entre sujeitos de direito, e a segunda de permitir à Corte que promova a solução de divergências internas entre os seus órgãos fracionários de decisão.

Mais uma vez, portanto, o Código se preocupou com a importância da certeza e estabilidade da jurisprudência para efeitos de modular condutas de cidadãos, dessa vez entregando a Tribunais a competência para a produção de decisões vinculantes para assuntos que não sejam repetitivos, mas que representem importante interesse social.

Essas inovações trazidas pelo CPC/2015 e aquelas já criadas na vigência do CPC/1973 permitem identificar uma linha de evolução do papel da jurisprudência, considerando, especialmente, o tratamento que o próprio direito positivo tem lhe prestado.

O objetivo apontamento das principais previsões legislativas que trataram e tratam da participação das manifestações jurisdicionais no desenvolvimento do processo, na fundamentação de decisões e na formação da norma jurídica serve para validar o discurso deste trabalho, no sentido de o respeito aos precedentes ser decorrência da interpretação conjunta de princípios e da organização judiciária veiculados pela Constituição Federal de 1988.

Isso porque essas previsões legislativas foram recebidas pelo direito vigente sem que houvesse declaração de sua inconstitucionalidade, o que faz reconhecer a sua concretização do texto constitucional. Além disso, é relevante observar que ao longo do tempo as regras legais se tornaram cada vez mais claras e contundentes no que se refere à potência dos efeitos da jurisprudência, chegando ao Código de Processo Civil de 2015 que estabelece a jurisprudência como verdadeira pedra de toque para o funcionamento do sistema judiciário.

Embora tais previsões legislativas tenham o objetivo de tornar a atuação judiciária mais célere, uniforme e coerente – sistêmica, portanto –, parece-nos que somente o

verdadeiro entendimento e aplicação das normas constitucionais sobre as quais temos tratado conduzirão o Judiciário brasileiro à atuação que dele se espera, dotada de efetividade, celeridade, segurança e isonomia.

A não consideração das normas constitucionais que ditam a forma de atuação do Poder Judiciário tem o efeito de limitar a utilidade dos instrumentos previstos pela legislação apenas para a redução do número de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, tornando secundários os objetivos de efetividade, de celeridade e de segurança jurídica. De fato, essa visão restrita do funcionamento do Poder Judiciário no que se refere à utilização das manifestações precedentes, especialmente aquelas proferidas pelas Cortes Supremas, parece ser o que ocorre na prática brasileira, em desrespeito às determinações constitucionais de funcionamento judiciário. Vejamos.

3.4.1 Uso inadequado dos precedentes: pragmática brasileira

As alterações legislativas, referidas no item anterior, produzidas no ambiente do direito positivo brasileiro desde meados dos anos de 1990, tiveram a finalidade primeira de viabilizar uma atuação judiciária mais célere, por meio da redução do número de processos. Os instrumentos escolhidos para tanto estiveram, para isso, ligados a técnicas de julgamento tendentes a reproduzir em massa decisões já tomadas em casos análogos.

Veja-se que foram aumentadas as hipóteses de julgamentos monocráticos para adequação à *jurisprudência dominante*, previstos casos de não processamento de recursos conflitantes com súmulas, autorizada a prolação de sentença antes mesmo da apresentação de contestação, criada a Súmula Vinculante e a sistemática de julgamento de recursos representativos de controvérsia para que decisões fossem replicadas em processos de assuntos repetitivos.

O CPC/2015, contudo, foi além desses instrumentos para estabelecer verdadeiro roteiro que o julgador deverá seguir para proferir a sua decisão, determinando ao Poder Judiciário a manutenção da integridade, da uniformidade e da coerência das suas decisões (art. 926), além de apontar outros tipos de provimentos, diferentes daqueles expressamente vinculantes, que os julgadores *observarão* (art. 927) no momento de proferirem as suas decisões.

Sem que apresentemos juízo sobre a constitucionalidade desses dispositivos do novo Código, cumpre observar que o fato de o legislador ordinário promover tais determinações demonstra uma possível falha do Poder Judiciário brasileiro em zelar pela uniformidade, coerência e estabilidade dos seus posicionamentos e em observar as manifestações de juízos superiores. Sugere-se, portanto, uma falha na atuação sistemática do Poder Judiciário.

Não queremos dizer, com isso, que os julgadores do Poder Judiciário desconsideram a jurisprudência ou não mantêm compromisso de manutenção da estabilidade, integridade e coerência nas suas manifestações. A observação do dia a dia nas contendas de direito tributário aponta para o fato de que posicionamentos firmados são seguidos ao longo do tempo. Certamente, ao se deparar com um caso com jurisprudência formada, a grande maioria dos magistrados brasileiros se sente amparado para proferir a sua decisão a ela aderindo.

Não estamos tratando de um ambiente, portanto, em que a jurisprudência é dada por inexistente.

Faz-se necessário observar, contudo, que a prática judiciária brasileira não trata a jurisprudência de maneira objetiva a ponto de lhe atribuir força normativa, o que possibilita ao julgador aderir, ou não, ao posicionamento já firmado pela Corte que lhe seja superior ou pelas Cortes Supremas, a depender, unicamente, da sua opinião sobre o assunto em julgamento. José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 74) afirma, nesse sentido, que a fundamentação característica de um julgamento pelo Poder Judiciário brasileiro representa apenas a opinião pessoal do julgador, falta de objetividade que viabiliza a prática de arbitrariedades²¹⁹.

A falta de um compromisso objetivo com as manifestações precedentes, em favor da decisão pela opinião, não se instaura somente nas relações entre instâncias, mas também dentro da própria Corte de julgamento, conforme demonstramos no item 2.2.1, ao

²¹⁹ É importante anotar que, ainda que envolvido por técnicas de julgamentos vinculantes, não é defeso ao magistrado proferir decisões que destoem do posicionamento firmado pelo Poder Judiciário, o que pode ser feito pela aplicação da técnica, por exemplo, de diferenciação de casos (*distinguishing*). É adequado o paralelo com a doutrina do *stare decisis*, em que se reconhece que a decisão que não segue o precedente é desprovida de fundamento jurídico e, apenas, submete a parte à interposição de recurso (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHAL, 2016, p. 325; PECZENIK, 2016, p. 461). Caso o julgador brasileiro não adira ao posicionamento firmado em provimento vinculante, caberá à parte, apenas, mover o recurso cabível para a situação. Note-se, nesse sentido, a inexistência de uma norma jurídica secundária para o caso de julgamentos vinculantes, ou seja, uma norma jurídica que force o magistrado ao cumprimento do posicionamento, o que poderia conduzir, em último grau, até ao total desrespeito aos provimentos vinculantes.

exemplificar caso em que as Turmas do Superior Tribunal de Justiça desconsideraram posicionamentos proferidos em soluções de divergência pela Seção.

Em despeito disso, também no item 2.2.1, e no item 2.2.2, foram apresentadas inúmeras manifestações proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar a importância do funcionamento sistemático do Poder Judiciário, que deve atenção especial para os efeitos do exercício da função de nomofilaquia das Cortes Supremas.

Observar que, ao mesmo tempo, as Cortes Supremas brasileiras afirmam o dever de observação das suas posições como decorrência do exercício da sua função constitucional, mas, elas mesmas, não guardam o máximo respeito pelas suas próprias manifestações demonstra o paradoxo inerente ao funcionamento judiciário brasileiro.

As Cortes Supremas brasileiras, aquelas que, seguindo regras constitucionais, deveriam *uniformizar* o direito constitucional e federal, elas mesmas, vivem a constante tensão da possibilidade de alteração ou de descumprimento de posicionamentos já firmados, o que tem o efeito antídídático perante o restante do Poder Judiciário, causa para o esvaziamento da eficácia da função de nomofilaquia. Ou seja, as instâncias ordinárias não se sentem incentivadas a aderir aos posicionamentos das Cortes Supremas, pois elas mesmas não aderem e ainda afirmam a constante possibilidade de sua mudança (MARINONI, 2011, p. 495).

Não queremos, com isso, negar a possibilidade de as Cortes Supremas mudarem o seu posicionamento sobre questões de direito, mas, seguindo Taruffo (2011, p. 147), reconhecemos que as mudanças constantes, arbitrárias e injustificadas são um grande problema para a segurança do direito e afrontam a própria função constitucional de tais Cortes. Para Rodriguez (2013, p. 110), essas constantes e injustificadas mudanças são viabilizadas pela inexistência de obrigação do julgador em avaliar os precedentes que contrariem a sua convicção pessoal, fazendo antissistêmico o funcionamento judiciário.

Sem dúvida, esse não racional funcionamento judiciário espelha o apenas relativo apreço das próprias Cortes Supremas pela sua função constitucional de *uniformização*, de atribuição de segurança, de delimitação concreta do Estado de direito.

Da atuação descomprometida com a *uniformização* não decorre apenas dano à atuação sistemática, em razão dos seus efeitos antídídáticos, mas um dano objetivo, consubstanciado no descumprimento da finalidade constitucional que fundamenta a

existência da Corte Suprema. Vale relembrar que consta na ementa do julgamento do AgRg nos EREsp 228.432/RS²²⁰, pelo Superior Tribunal de Justiça, que

Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

De fato, se a Corte é incapaz de exercer o seu dever de uniformização da norma jurídica, a sua existência deixa de fazer sentido.

Estando a força da jurisprudência, no Brasil, tradicionalmente, limitada à persuasão (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 245), abre-se o caminho para que sempre seja possível ao magistrado decidir conforme convicções ou opiniões que lhe são próprias, inviabilizando a atuação sistemática do Poder Judiciário, com a sua aptidão de garantir a previsibilidade e eficiência da prestação jurisdicional. Assim, a racionalidade típica usada para decidir, dependente da necessidade de convencimento de uma *pessoa* investida da magistratura, impossibilitando a prestação jurisdicional objetiva e uniforme e criando uma difusão anti-isonômica de decisões judiciais em diferentes sentidos, ainda que diante de manifestação da Corte Suprema.

Essa reflexão é realizada por José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 74), que explica que fundamentar, na prática judiciária brasileira, significa a exposição de uma opinião pessoal à luz do direito vigente:

[...] De qualquer forma, o objetivo da autoridade não é, nesse registro, argumentar em nome da melhor solução possível para o caso, mas sim apresentar as razões pelas quais formou sua *opinião pessoal* sobre qual deva ser a melhor solução para o caso. Esta nuance é fundamental para compreender o que se passa no Brasil. Desta maneira, fundamentar uma decisão no Brasil significa, na maior parte das vezes, exatamente isso: expor uma opinião pessoal. [...]

O autor desenvolve a sua constatação para reconhecer que, definida a opinião pessoal, a tendência do julgador é de objetivá-la, apresentando fundamentos que demonstrem que a solução encontrada é a única possível para o caso. Aponta o autor (RODRIGUEZ, 2013, p. 80-81):

A estrutura textual utilizada na argumentação por autoridade é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta

²²⁰ Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão unânime, publ. 18/03/2002.

uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes do direito.

Para o autor, portanto, a opinião pessoal do julgador é o elemento fundamental de toda decisão, embora isso não seja honestamente exposto. Segundo a sua observação, o julgador se esforça, na apresentação dos fundamentos para a decisão, para demonstrar com objetividade que aquela solução é a única permitida pelo direito, ignorando as posições contrárias às suas, ainda que essas posições representem respostas oficiais do *sistema judiciário*.

Estamos de acordo com o raciocínio do autor, ressalvada a sua absoluta generalização. É mais comum que o Poder Judiciário pratique decisões dotadas de uniformidade do que decisões dissociadas da resposta padrão do sistema para casos análogos (BUSTAMANTE, 2016, p. 295), mas é muito importante reconhecer que as constatações de Rodriguez deixam claro a existência da irrestrita possibilidade de a decisão ser tomada com fundamento em critérios subjetivos, ao invés de objetivos (uniformidade das respostas), e que isso seja feito veladamente.

Essa valorização da subjetividade e, por conseguinte, da pouca previsibilidade do resultado de uma contenda judicial supervaloriza, no âmbito da jurisdição brasileira, o trânsito em julgado, de modo que o resultado de um julgamento somente será admitido pelas partes quando contra ele não for possível a interposição de mais nenhum recurso. Diferente seria o caso de a parte, ainda que descontente com o julgamento que seja contrário à sua pretensão, saber que aquele é o resultado e que a interposição de novos recursos lhe submeterá apenas a custos decorrentes dos quais não sobrevirão resultados positivos.

As disposições contidas no CPC/2015, especialmente em seus arts. 926 e 927, indiciam essa atuação subjetiva. Diferentemente do sistema de *common law*, em que o próprio Poder Judiciário estabeleceu o *stare decisis* como forma para a sua atuação, no caso brasileiro, o Poder Legislativo realizou intervenção por via de Lei Ordinária para determinar aos magistrados o cumprimento dos mais básicos deveres ligados à segurança jurídica, igualdade e respeito institucional, por meio da manutenção da uniformidade, coerência e integridade dos posicionamentos, além do dever de observação da jurisprudência.

Ainda nesta esteira, esses dois dispositivos são indícios objetivos de que, mesmo que não em caráter de regra, o Poder Judiciário brasileiro falha no que se refere à clareza, uniformidade e perenidade das suas manifestações, consequência do alto grau de subjetivismo no ato de julgar (GRAU, 2017, p. 123).

Identificada a racionalidade praticada pelo judiciário brasileiro para proferir decisões, entendemos adequado que uma melhor atuação do Poder Judiciário passe pela crítica dessa postura, com a verificação de meios para que a prestação jurisdicional se torne objetiva e previsível, o que não deve depender, apenas, da previsão de instrumentos processuais pelo legislador ordinário.

A impessoal atuação judiciária deve se ocupar de que as decisões sejam, realmente, proferidas pelo Poder Judiciário, fazendo valer posições institucionais, e não pelo magistrado em sua personalidade de convicções e entendimentos. Conforme apresentado no item 2.3.2, o julgador deve exercer a função de uma peça na máquina de prestação judiciária, e não agir como se a máquina fosse.

O CPC/2015 representa incentivo para que tais reflexões sejam levadas a efeito, mas estamos convictos de que essas são questões que independem de produção legislativa, mas que decorrem da adoção de condutas determinadas pela Constituição Federal, com a prestação jurisdicional efetiva, eficiente e isonômica.

Para isso, tendo este trabalho passado por princípios constitucionais, pela organização constitucional judiciária e por substratos de doutrina estrangeira relacionada ao *stare decisis*, apresentaremos aquela que é a determinação constitucional de funcionamento jurisdicional, para que, no último capítulo deste trabalho, possamos demonstrar em concreto como isso poderá se materializar em questão de direito tributário.

3.4.2 Uso adequado dos precedentes: a aplicação do stare decisis

Considerados os fundamentos de natureza constitucional expostos neste trabalho, apresentaremos neste item o nosso entendimento sobre a forma de relação do Poder Judiciário com a sua jurisprudência, para que, no capítulo seguinte, possamos apresentar um efeito concreto que decorre dessa análise.

O desenvolver do nosso argumento, neste trabalho, foi iniciado pelas premissas filosóficas que adotamos, inclusive pelo conceito de norma jurídica, o que foi seguido pela apresentação daqueles princípios constitucionais que influenciavam o tema e estudo, passando à análise da organização constitucional do Poder Judiciário, com uma avaliação especial da função do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para, posteriormente, apresentar algumas considerações sobre elementos típicos das soberanias de

common law, que poderiam ser aplicadas no ambiente brasileiro. No que se refere ao *common law*, estivemos focados na importância que a doutrina do *stare decisis* representa naquele sistema.

Cabe, diante de tantos e tão diversos fundamentos, apresentar aquela que entendemos ser a relação entre eles. Para essa tarefa, percorreremos o caminho dos argumentos apresentados, começando, então, pela avaliação da abertura para a aplicação do *stare decisis* no modelo brasileiro de jurisdição.

Para isso, cumpre rememorar que o *common law* e o *civil law* se distinguem, inicialmente, pelas diferenças entre as suas fontes do direito. Enquanto no primeiro a fonte do direito é o costume, no segundo, a fonte do direito é a autoridade investida de competência para a produção legislativa.

Essa diferença de fontes fez com que os dois sistemas seguissem caminhos diferentes para que o conhecimento sobre o conteúdo do direito vigente fosse possível à população. Enquanto no ambiente de *civil law* viveu-se com intensidade a demanda por codificações, com a certeza sobre a sua clareza e a vinculação do Poder Judiciário à sua literalidade, o ambiente de *common law* se desenvolveu com a necessidade de apreensão pelo Poder Judiciário do direito a partir dos costumes. Ocorreu que, considerando a fluidez e abstração dos costumes, o próprio Poder Judiciário, sob a demanda de dispensar tratamento igual para casos iguais, passou a reconhecer a necessidade de (re)aplicação das soluções praticadas em casos análogos já decididos, o que seria adequadamente estruturado naquele sistema com organização do Poder Judiciário por competências em grau de jurisdição.

Veja-se que a diferente evolução dos dois sistemas faz com que, em cada um deles, o sujeito de direitos busque o conhecimento sobre o conteúdo da norma jurídica vigente em um “documento” diferente. Tradicionalmente, a norma jurídica vigente, no *civil law*, é encontrada nos diplomas normativos produzidos pelo Poder Legislativo; já no *common law*, a norma jurídica vigente deve ser encontrada nas decisões judiciais precedentes, passíveis de (re)aplicação.

Embora o *civil law* também entregasse o exercício da jurisdição a um poder específico, as manifestações desse poder (Judiciário), que representam a aplicação do direito ao caso concreto (o que pressupõe a declaração do conteúdo vigente da norma jurídica), não eram reconhecidas como elementos capazes de constituir a norma jurídica, ou seja, de fundamentar uma nova decisão. Em outras palavras, a decisão precedente, no *civil law*, não ocupou posição além de um mero argumento (fala-se em jurisprudência persuasiva).

Conforme expusemos, há sistemas em que precedentes nem sequer são citados em decisões judiciais (TROPER; GRZEGORCZYK, 2016, p. 112).

No sistema de *common law*, cabendo ao Poder Judiciário a função de *formalizar* o direito perante a sociedade, os próprios julgadores passaram a reconhecer a importância e o impacto que as suas manifestações teriam para a regulação de condutas, ou seja, para a eficácia do direito. Admitindo a necessidade de aplicação de mesma solução a casos iguais, o Poder Judiciário de *common law* passou a se preocupar com a fundamentação das suas decisões, de maneira que o seu conteúdo fosse possível de ser aplicado para outros casos relacionados, o que causou a adoção da racionalidade de *universalização* na fundamentação das decisões. Pretendia-se a replicabilidade das decisões.

Com a organização do Poder Judiciário inglês, a forma de manejo dos precedentes para a solução de casos ficou ainda mais clara²²¹. Embora não houvesse nenhum impedimento para que o juiz decidisse o caso concreto de acordo com a sua convicção pessoal, reconhecia-se que decidir em desconformidade com a jurisprudência de uma Corte de hierarquia superior significaria, apenas, a submissão das partes ao processamento de um recurso, com dispêndio de tempo, custo e trabalho, para que uma solução já conhecida fosse aplicada ao caso (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHAL, 2016, p. 325; PECZENIK, 2016, p. 461).

Aliava-se, com isso, o dever de manutenção horizontal do precedente, ou seja, a replicação pelo mesmo julgador da solução proferida em um caso análogo, compromisso decorrente da necessidade de tratamento isonômico e da manutenção da segurança jurídica, com o dever de observação vertical do precedente, representada pelo dever de o julgador aplicar o posicionamento da Corte que tem competência para a revisão de eventual recurso interposto contra a sua decisão.

A observação de precedentes, no modelo de *common law*, portanto, constitui elemento essencial para fosse possível que a população pudesse ter acesso, com algum grau de certeza, ao conteúdo do direito; constituiu, também, elemento de racionalização da prática judiciária, como forma de atribuição de previsibilidade sobre as suas manifestações e eficiência na sua atuação.

²²¹ Cruz e Tucci (2012, p. 239) afirma que “além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), que é conotação essencial de toda a teoria do *stare decisis*, vem ela também caracterizada por uma hierarquia funcional muito bem articulada”.

Embora a organização judiciária também fosse uma característica dos sistemas de *civil law*, a supervalorização do texto legal fez com que reflexões relacionadas à replicação horizontal e vertical de precedentes não fossem levadas a efeito. Veja-se que, nesse ambiente, o juiz e todos os sujeitos de direito se submetem somente à lei, de modo que o principal requisito que uma decisão judicial deve atender é estar fundamentada na lei. Caso essa fundamentação seja exposta, pouco importará, em um juízo típico de *civil law*, se essa decisão está conforme às decisões de instâncias superiores ou a decisões prévias praticadas pela mesma Corte de julgamento (TROPER; GRZEGORCZYK, 2016, p. 111).

Os dois modelos de direito, até a primeira metade do século XX, portanto, caminharam em direção a diferentes elementos capazes de instrumentalizar a segurança jurídica. O *civil law* amparou-se na certeza da lei, enquanto o *common law* esteve fundamentado no dever de observação do precedente, que em sua acepção horizontal (dever de respeito pela própria Corte) impedia o Poder Judiciário, notadamente as Cortes de vértice, de mudar o seu posicionamento já praticado em casos decididos.

Ocorre que a suficiência desses elementos essenciais para cada um dos modelos foi colocada em xeque durante o século XX. No que se refere ao modelo de *civil law* com o pós-positivismo e as suas características de positivação de valores (princípios), em constituições rígidas (ou imutáveis), com a aplicação direta do Poder Judiciário para análise da constitucionalidade de atos normativos. Por outro lado, o modelo de *common law*, especificamente a doutrina do *stare decisis*, foi atingido pela latente necessidade de que as regras firmadas por precedentes pudessem ser revistas e eventualmente revogadas.

Em comum, os dois movimentos demonstram a necessidade de controle do direito positivado, seja em um texto legal, seja em uma decisão precedente, por princípios maiores, que podem determinar a alteração ou revogação de regras que tenham nascido ou se tornado inválidas, em virtude da evolução do direito.

Admitindo a demanda por alteração do direito vigente, a solução adotada no *common law* inglês foi a possibilidade de a Suprema Corte (e somente ela) rever os seus precedentes²²², cabendo aos demais órgãos judiciários a observação dos precedentes vigentes, ainda que o julgador discordasse do seu conteúdo.

²²² Segundo o *Practice Statement*, produzido em 1966, já referido acima, por meio do qual houve expresso reconhecimento de que havia *precedentes* que deveriam ser ultrapassados sob pena de uma aplicação injusta do direito.

Já o modelo de *civil law*, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para o julgamento da constitucionalidade de normas, permitiu com clareza que esse órgão promovesse a interpretação dos textos legais positivados para verificação da sua adequação ao conteúdo dos princípios jurídicos. O conteúdo dos princípios jurídicos, naturalmente, também dependente de interpretação a ser promovida pelo julgador.

É essencial, neste ponto, perceber que, no ambiente pós-positivista, o insumo para o julgamento judiciário deixa de ser apenas o texto legal elaborado com pretensão de clareza e objetividade (regras jurídicas). O substrato no qual o magistrado poderá se apoiar pode estar nos mais amplos princípios adotados pelo direito, capazes de fundamentar a declaração da inconstitucionalidade de textos legais para a aplicação direta do princípio invocado.

A tarefa de interpretação, evidentemente, não se relaciona somente à aplicação dos princípios. Não há dúvida de que a aplicação do direito positivo depende da interpretação do texto legal, o que, como trabalho humano influenciado por alguma subjetividade, pode conduzir diferentes intérpretes a diferentes resultados sobre o conteúdo do direito positivo, mas especificamente sobre a norma jurídica.

Não é difícil perceber a complexidade do direito de *civil law* a partir de questões próprias do direito tributário. Conforme apresentamos no Capítulo 2, são inúmeros os casos que são colocados sob avaliação do Superior Tribunal de Justiça, para resolução de controvérsias sobre o conteúdo do direito legal federal, e do Supremo Tribunal Federal, sobre a aplicação da Constituição Federal. Tamanha a complexidade de algumas questões que, não raro, as Cortes mudam de posicionamento sobre casos já decididos.

Cumprir observar, no entanto, que o reconhecimento dessa capacidade de interpretação torna o conteúdo do direito positivo absolutamente elástico, potencializada pela significação que cada magistrado possa ter sobre os mais variados princípios jurídicos. Note-se que demandas específicas podem ser resolvidas com resultados absolutamente opostos, a depender, por exemplo, do sentido que o magistrado atribua ao princípio do *Estado de direito*, da *segurança jurídica*, da *liberdade* ou da *igualdade*. A depender do sentido que o órgão julgador atribua a cada um desses (ou de qualquer outro) princípios, a aplicação de regras legais pode ser afastada ou prestações positivas ou negativas podem ser imputadas ao Estado. A exigência de determinado tributo pode ser afastada para um contribuinte e ser mantida para outro; a restituição do tributo pode ser deferida a um, e não a outro; um tratamento médico pode ser dispensado a alguém e outro pode padecer sem o seu gozo; poderá ser declarada a liberdade de alguns, em detrimento da reclusão de outros em iguais condições; entre muitos outros casos.

A gama de soluções possíveis para um caso, no *civil law* pós-positivista, é grande, embora o direito positivo seja o mesmo para todos os sujeitos de direito em uma mesma jurisdição.

É justamente essa fluidez que aproxima os momentos do *civil law* das condições históricas que levaram o sistema de *common law* a desenvolver a doutrina do *stare decisis* como instrumento para a garantia da segurança jurídica, já que o *stare decisis* pode ter representado uma resposta às fortes críticas que o modelo de *common law* sofria da filosofia defensora das codificações (BOBBIO, 2006, p. 97), que sustentava a impossibilidade de conhecimento do direito de *common law*, cuja produção estava condicionada, apenas, ao arbítrio do magistrado, ou seja, sem balizas objetivas.

O momento atual do *civil law* deve ser pensado a partir dessa mesma crítica sobre a dificuldade de conhecer o conteúdo do direito vigente, considerando a amplitude da competência de interpretação do texto legal pelo Poder Judiciário. Devem ser garantidas condições mínimas para que seja possível o conhecimento da norma jurídica vigente e, como consequência, para que um mesmo direito seja aplicado na solução de casos análogos. É dizer que o elemento central deve ser, de fato, o próprio direito e não o entendimento de cada julgador.

E para esta reflexão, no ambiente de *civil law*, ainda que submetidas as reservas inerentes à comparação de modelos tão diferentes, os fundamentos que conduziram o *common law* ao *stare decisis* podem ser muito úteis. Vejamos, considerando, já, as peculiaridades e características do modelo de direito e de jurisdição brasileiro.

3.4.2.1 *Stare decisis* e Estado de direito

Pelas características que apresentamos ao longo deste capítulo, o desenvolver do *stare decisis* esteve intimamente ligado à demanda pela sistematização e pela racionalização do uso dos precedentes para a solução de casos, caminhos para atribuição de cognoscibilidade ao direito vigente, viabilizando dispensa de tratamento igual para casos iguais.

Com o *stare decisis*, a argumentação a partir de precedentes se tornou jurídica, de maneira que o sujeito de direitos passou a poder ter expectativas da solução do seu caso a partir das soluções dispensadas a casos anteriores (precedentes). O *stare decisis*, com isso,

transformou o precedente de argumento de persuasão em componente do direito vigente, de modo que o julgado inadequadamente fundamentado por precedentes passou a ser considerado como carente de fundamento jurídico.

Tomando a decisão judicial como o momento de aplicação do direito, seja *declarando-o*, seja *constituindo-o*²²³, aquele sistema reconheceu que somente a certeza sobre a resolução de casos iguais com igual desfecho é que permitiria a ciência do conteúdo da norma jurídica. Tratava-se, portanto, de garantir o elemento mínimo para a existência do *Estado de direito*, além da própria existência de um direito, qual seja, a sua cognoscibilidade.

Viabilizar o conhecimento do conteúdo do direito é, na relação entre Estado e particular, o elemento mínimo para que este esteja protegido contra pretensas arbitrariedades a serem praticadas por aquele. É reconhecer, em direito tributário, por exemplo, a garantia de o contribuinte possuir ciência sobre as hipóteses que podem lhe gerar o dever jurídico de pagamento de tributo.

A possibilidade de variação da norma jurídica vigente era uma realidade no ambiente de *common law*, na medida em que, antes do *stare decisis*, o julgador poderia adotar qualquer fundamento para a sua decisão, sob o argumento de que aquele constituía o direito comum, para resolver casos concretos. Com o *stare decisis* firmou-se a necessidade de que, pelo menos sob mesmas jurisdições, a norma jurídica vigente fosse apenas uma, o que é plenamente aplicável ao modelo atual de *civil law*.

Assumindo que o conteúdo do direito não é literal e deve ser extraído do texto escrito no diploma normativo, o domínio do seu conteúdo é deslocado de um texto normativo para o órgão que tenha a competência para interpretar esse texto, aplicando-o. Ainda que ao contribuinte seja possível o contato com o texto legislado, a certeza sobre o seu conteúdo somente será obtida com o conhecimento da posição do órgão com competência para tanto.

Um exemplo banal pode demonstrar o raciocínio. Ao iniciar a leitura do Código Tributário Nacional, o intérprete do direito se deparará com as seguintes disposições:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

²²³ Como já apresentamos (no item acima, “Uma questão de fontes do direito”), há, naquele sistema, uma dualidade doutrinária, que sustenta, em uma acepção positivista, que a decisão judicial é puramente constitutiva, de modo que o conteúdo do direito depende, apenas, da vontade do magistrado e da doutrina que se aproxima da origem do direito consuetudinário, para reconhecer que o magistrado apenas declara o *direito comum*. Causando mesmo efeito que o pós-positivismo no *civil law*, o *common law* transita atualmente da certeza sobre a prevalência da doutrina constitutiva (ápice do *stare decisis*), para o retorno, ainda que parcial, à doutrina declaratória (*Practice Statement*).

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Os dispositivos dão conta de que existem somente três tipos tributários no sistema brasileiro, impostos, taxas e contribuições de melhoria, sendo a destinação do produto da sua arrecadação irrelevante para a determinação da sua natureza jurídica. Ao consultar o texto constitucional, o intérprete verificará que o seu art. 145 também estipula somente esses três tipos tributários. Ao consultar abalizada doutrina²²⁴, o intérprete verificará que, de fato, são três os tipos tributários, a definir pela natureza do seu fato gerador. Nesse contexto, caso este seja um contribuinte sujeito a uma das imunidades previstas no art. 150, IV, da CF, e se deparar com um tributo com hipótese de incidência desvinculada de uma atuação estatal, mas com destinação do produto da arrecadação, chamado de contribuição, será a sua conclusão, considerando a irrelevância do nome e da destinação, que o tributo se trata de um imposto, não incidente, portanto, por proteção constitucional da imunidade. Em despeito, contudo, da coerente e precisa conclusão, caso não seja promovido o recolhimento tributário, o contribuinte estará sujeito a uma cobrança que será exigível, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em despeito desse raciocínio, reconhece que impostos e contribuições são diferentes, de modo que o art. 150, IV, ao se referir a impostos, não se aplica a contribuições²²⁵.

Ainda que caiba ao contribuinte, neste caso, alegar o seu raciocínio fundado nos textos do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal como fundamento para a anulação do lançamento tributário, a norma jurídica vigente para o caso, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, calcado em outro raciocínio jurídico, tão válido quanto o seu, é outra.

Isso mostra que o contato exclusivo com o texto legislado, especialmente em direito tributário, não permite ao intérprete afirmar, categoricamente, o conhecimento do conteúdo da norma jurídica tributária. Também no *civil law*, portanto, conhecer o direito vigente depende do conhecimento da jurisprudência. Trata-se, assim, de questão essencial à existência do próprio *Estado de direito*.

²²⁴ Tivemos a oportunidade de nos debruçar sobre o assunto em ARAUJO, 2016, p. 132.

²²⁵ Por exemplo: RE 342.336 AgR/RS, 2ª Turma, un., Rel. Min. Eros Grau, publ. 11/05/2007; RE 332.963 AgR/RS, 2ª Turma, un., Rel. Min. Gilmar Mendes, publ. 16/06/2006; STF, Pet 2.466 ED-QO/PR, 2ª Turma, un., Rel. Min. Celso de Mello, publ. 24/11/2006; RE 278.636 AgR/SP, 2ª Turma, un., Rel. Min. Maurício Corrêa, publ. 01/06/2001.

A adesão a essa afirmação tem o efeito de conduzir ao mesmo contexto que ensejou o desenvolvimento do *stare decisis* no ambiente de *common law*. Ao se perceber que o conhecimento do direito vigente dependia do contato com o posicionamento das Cortes judiciais, verificou-se a necessidade de que esses posicionamentos fossem estáveis e replicados em casos análogos, de maneira a atender às expectativas sociais inerentes à vigência do direito, evitando, por outra via, a prática de arbitrariedades ou de tratamento desigual.

Ainda que no *common law* o grau de indefinição do conteúdo da norma jurídica seja consideravelmente maior que no *civil law*, que conta com o texto legal como ponto de partida, há, no *civil law*, alto grau de indefinição no conteúdo da norma jurídica vigente, o que eleva a importância do exercício da função jurisdicional como afirmação do *Estado de direito*.

Já de acordo com este primeiro fundamento, natural ao direito constitucional positivo brasileiro, é possível afirmar que o Poder Judiciário deve ter compromisso com as suas manifestações quando do julgamento de novos casos, de modo a garantir ao jurisdicionado o atendimento de expectativa decorrente do conteúdo das manifestações precedentes, que afirmam o conteúdo do direito vigente.

Para viabilizar o conhecimento do conteúdo do direito, cabe ao Poder Judiciário a responsável ponderação quando da prática de decisões sobre casos inéditos (*leading cases*), de modo a evitar que os seus posicionamentos demandem constantes alterações. Vale, ainda, reconhecer o dever de respeito institucional às manifestações precedentes, de maneira que o ímpeto pela aplicação de posicionamentos pessoais seja contido, em favor da aplicação da norma jurídica ditada pelos precedentes das Cortes Supremas, atribuindo clareza ao conteúdo da norma jurídica, demanda do princípio do *Estado de direito*.

3.4.2.2 *Stare decisis* e segurança jurídica

Essa reflexão sobre o *Estado de direito* guarda íntima ligação com a concretização da *segurança jurídica*. Nos termos em que apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, o princípio da segurança jurídica, depreendido do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, demanda a cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade do direito vigente. É a atribuição de certeza sobre o passado e de previsibilidade sobre o futuro, garantindo ao

sujeito de direitos, no caso, o contribuinte, a capacidade de se planejar com a ciência dos efeitos decorrentes dos atos por ele praticados ou dos fatos a ele relacionados.

Embora o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal trate a segurança jurídica sob o viés de proteção da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, o conteúdo desse princípio, que é natural ao Estado de direito, vai além dessas três proteções, expressamente protegidas pela Constituição.

Partindo do conceito de Estado de direito, o princípio da *segurança jurídica* reforça a determinação de que o direito vigente seja passível de conhecimento pelo jurisdicionado, garantindo-lhe a justa expectativa sobre os efeitos normativos. Além disso, a segurança jurídica também impõe a existência de reparações efetivas a atos, fatos e normas contrários ao direito positivo.

Mais uma vez, a reflexão sobre a relação desse princípio com a forma de atuação judiciária deve estar voltada para o conceito de norma jurídica, considerando-a como produto do esforço do intérprete sobre os textos legais. Ou seja, o direito vigente, de fato, não é o direito que está escrito na lei, mas a interpretação formulada sobre o que está escrito nos textos legais, o que são coisas diferentes.

Isso porque é o Poder Judiciário que dirá com força vinculante (ao menos entre as partes) o conteúdo do direito. Veja-se que a interpretação promovida pelo contribuinte ou por qualquer outro sujeito de direito somente será irreparável se coincidir com a interpretação promovida pelo Judiciário. Em caso de não coincidência, os sujeitos lesados pela prática da conduta decorrente dessa interpretação poderão solicitar (e devem obter) decisão jurisdicional para adequação da conduta à correta norma jurídica vigente, ou seja, aquela reconhecida pelo Poder Judiciário.

Sendo o posicionamento judiciário uma condição essencial para o conhecimento do direito, em favor da *segurança jurídica* – enquanto cognoscibilidade e confiabilidade –, é imperioso que seja viável o conhecimento da posição judiciária sobre o conteúdo da norma vigente.

Corresponsabilizar o Poder Judiciário pela segurança jurídica em sua acepção de certeza sobre o direito não é tarefa que foge à próprias atribuições determinadas pela Constituição Federal a esse poder.

Conforme apresentado no Capítulo 2, o Judiciário brasileiro não é composto de um enorme número de magistrados que atuam desordenadamente, resolvendo conflitos aleatoriamente. As previsões constitucionais de organização e de funcionamento desse poder são pormenorizadas, de modo a estabelecer detalhadas regras sobre a repartição da jurisdição

por critérios materiais e espaciais e sobre o processo para a formação de uma decisão judicial definitiva (trânsito em julgado), com a possibilidade de recursos destinados a órgãos compostos de menos julgadores a cada instância.

Seguindo essa lógica, a Constituição Federal de 1988, para o que interessa às questões de direito tributário, coloca o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal como Cortes com competência para proferir a última decisão sobre controvérsias que tratem sobre o conteúdo de normas federais e de normas constitucionais, respectivamente.

De acordo com o texto constitucional e com a interpretação promovida sobre as próprias Cortes sobre ele, a sua principal função não é a de solucionar, em último grau, controvérsias para a solução de casos concretos, atribuição essa típica de juízos de primeiro e de segundo graus, mas a de *uniformizar* o entendimento sobre o conteúdo da norma federal ou da norma constitucional, exercer a *nomofilaquia*. É isso que fundamenta a existência de Cortes com tão poucos julgadores para atendimento de uma jurisdição tão vasta quanto a brasileira.

A existência dessas Cortes Supremas é o elemento determinante para se dizer possível conhecer a posição do Poder Judiciário sobre o conteúdo do direito vigente. O funcionamento constitucional desses Tribunais permite que divergências praticadas entre diferentes juízos sejam resolvidas. Logo, viabiliza a uniformidade no posicionamento judicial, ou seja, a unicidade da resposta do *sistema judiciário* perante um caso concreto.

É justamente a demanda por uniformidade (e segurança jurídica) que informa a organização constitucional do Poder Judiciário enquanto um sistema hierarquizado, entregando àqueles que usam do sistema (partes no processo) instrumentos para a obtenção da decisão padrão judiciária.

A função de uniformização do direito é o fundamento de existência das Cortes de vértice, como são, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Foi o fundamento, também, para que a doutrina do *stare decisis* se desenvolvesse sobremaneira após as reformas que organizaram o Poder Judiciário inglês, que permitiram a vinculação vertical, de maneira que o juízo que diverge de posicionamento firmado pela Corte que lhe seja superior pratica decisão não fundamentada no direito vigente, sujeita, portanto, a reforma.

Ou seja, a vinculação ao posicionamento da instância superior no *stare decisis* tem por fundamento a própria organização judiciária, que gera a consciência no magistrado de

posição inferior que a sua decisão desconforme será reformada, causando prejuízo às partes e ao sistema judiciário e, por conseguinte, à segurança jurídica.

Estando o *stare decisis* vertical fundamentado na organização judiciária, é possível sustentar a sua aplicação no sistema judiciário brasileiro que é piramidalmente organizado como forma de garantir a segurança jurídica enquanto cognoscibilidade e confiabilidade no direito positivo vigente.

Veja-se, sobre a possibilidade de sua aplicação, que o *stare decisis* garante a previsibilidade e segurança do direito a partir da vinculação aos fundamentos das decisões precedentes, o que, além de favorecer o conhecimento do direito, instrumentaliza o tratamento judiciário isonômico e eficiente. A teoria se torna aplicável no ambiente brasileiro em decorrência do exercício da função constitucional de uniformização do direito pelas Cortes Supremas, como forma de garantir que essa *uniformidade* seja eficaz, resultando na aplicação de um direito uno e de forma uniforme por todas as instâncias ordinárias de julgamento.

Isso, evidentemente, não deve depender de regras de direito positivo que imponham, expressa e formalmente, a determinação para que juízes cumpram as decisões proferidas pelas Cortes Supremas, mas depende do bom entendimento do próprio Poder Judiciário sobre o exercício da sua função, em sua máxima eficiência.

Assim, a organização judiciária é promovida pela Constituição Federal de modo a viabilizar, também, a segurança jurídica.

O Estado de direito e o seu pilar da segurança jurídica não são, contudo, os únicos fundamentos que aproximam a doutrina do *stare decisis* das determinações constitucionais brasileiras.

3.4.2.3 *Stare decisis* e igualdade

Reconhecer a certeza decorrente, especialmente, das manifestações das Cortes Supremas, com a demanda por sua aplicação por todo o sistema judiciário e capacidade de influenciar a conduta de contribuintes, não tem como único efeito a manutenção da segurança jurídica como proteção do Estado de direito. A doutrina do *stare decisis* resulta no dever de aplicação de mesmas soluções a casos iguais, em concretização do princípio da igualdade.

Seguindo as considerações tecidas no Capítulo 1, a acepção formal do princípio da igualdade, enquanto um sustentáculo do Estado de direito, demanda a aplicação do mesmo direito a todos os cidadãos, questão que toma contornos de complexidade ao verificarmos que o *direito vigente* não depende exclusivamente da vigência do diploma normativo, mas da interpretação sobre ele realizada.

Cabendo ao Poder Judiciário a interpretação e a aplicação vinculante do direito, a organização constitucional desse poder prevê mecanismos para a correção de decisões, de modo a assegurar a aplicação uniforme do ordenamento jurídico. Ao estabelecer instâncias de julgamento, caracterizadas pelo menor número de julgadores a cada grau, o sistema aponta para a uniformização de posicionamentos e, por conseguinte, para a tutela jurisdicional isonômica.

A garantia de isonomia é coroada com a função nomofilática exercida pelas Cortes Supremas, já que uniformizar o direito, além de garantir o seu conhecimento, tem a finalidade de determinar a todos os sujeitos a aplicação de uma mesma norma jurídica.

A organização sistemática e hierarquizada do Poder Judiciário, portanto, tem, também, a finalidade de entregar uma prestação isonômica ao seu usuário. Da mesma forma que no *stare decisis*, pretende-se que casos iguais sejam solucionados igualmente.

O *stare decisis* promove verdadeira proteção da isonomia, pois, havendo posicionamento de instâncias superiores, o magistrado inserido naquele modelo reconhece a existência de uma resposta do *sistema judiciário* para aquele caso, de modo que tal resposta passa a ser assumida como o direito vigente e é aplicada ao caso concreto, muitas vezes em detrimento da posição pessoal do julgador.

Por outro lado, a prática judiciária brasileira, imbuída da tradição de *civil law*, mostra a naturalidade com que o magistrado desconsidera a jurisprudência de instâncias que lhe sejam superiores para a aplicação da sua interpretação sobre o direito. Essa conduta, ainda, é concretizada sem que o juiz aponte os motivos pelos quais desconsidera o posicionamento que lhe é superior, fazendo aplicar a sua posição como se única fosse.

Nestes casos, ainda que a parte tenha a possibilidade de interpor recursos para a obtenção do posicionamento firmado pelo *sistema judiciário*, há evidente afronta à isonomia no tratamento entre partes e casos, submetendo determinados sujeitos aos danos decorrentes de ilegalidades por períodos maiores que outros.

Imaginemos, nesse contexto, o exemplo de dois contribuintes apresentarem pedidos de tutela, com fundamento em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pela não incidência de um determinado tributo. No caso de decisão favorável somente a um deles,

ainda que o outro possa obtê-la em grau de recurso especial, haverá tratamento desigual, consubstanciado na manutenção da obrigação do recolhimento para um e na suspensão da exigibilidade para outro, o que, a depender do tributo, poderá até causar consequências na proteção da livre concorrência entre eles²²⁶.

Aderir a posicionamentos de instâncias superiores e manter a estabilidade da jurisprudência, *stare decisis* vertical e horizontal, são questões essenciais à aplicação de um mesmo direito a todos os jurisdicionados. Não por outra razão, a doutrina do *stare decisis* se desenvolveu para impor ao julgador a preocupação não somente com a solução do caso concreto, mas com a produção de uma decisão que seja aplicável a casos análogos futuros, ou seja, a replicabilidade da decisão.

Assim, também a igualdade, em sua determinação de aplicação do mesmo direito vigente a todos, junto com a organização judiciária, são fundamentos jurídicos para que a doutrina do *stare decisis* passível de aplicação no Brasil.

Ainda sobre a igualdade, cumpre verificar que a organização judiciária em formato piramidal não deve significar, por si só, a garantia do tratamento isonômico aos sujeitos de direito. Se assim fosse, seria possível sustentar a possibilidade de cada juiz decidir o caso concreto nos termos do seu entendimento, ainda que em desconformidade com a posição das Cortes Supremas, já que a todos litigantes seria possível o uso dos recursos especial e extraordinário para a obtenção do resultado isonômico determinado pelo sistema judiciário.

A organização piramidal é o instrumento para ajustar decisões divergentes, o que não deve ser a justificativa para que cada magistrado decida à sua maneira, submetendo partes e órgão de julgamento ao processamento de recursos. Isso porque, ao proferir uma decisão, investindo-se da condição de peça para o funcionamento judiciário, o magistrado deve proferir decisão que, além de instrumentalizar o Estado de direito e a segurança jurídica e concretizar a isonomia, seja dotada de máxima eficácia possível.

Além dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade, a garantia de acesso ao Poder Judiciário e de razoável duração do processo também é fundamento para a aplicação do *stare decisis* no ambiente brasileiro. Vejamos.

²²⁶ Marinoni (2002, p. 17) afirma que: “Se o autor tem razão é sempre prejudicado pela demora [...]. Isso para não falar nos danos econômicos, frequentemente graves, que podem ser impostos à parte autora pela demora do processo e pela consequente imobilização de bens e capitais.”

3.4.2.4 *Stare decisis* e efetividade da tutela e razoável duração do processo

Das garantias constitucionais de acesso à jurisdição e de celeridade processual decorre o dever da prestação jurisdicional efetiva, ou seja, uma tutela adequada para a prevenção ou reparação da lesão de direito apresentada ao Poder Judiciário, considerando, especialmente, os nefastos efeitos que o tempo produz nas lesões de direito, tornando-as irreparáveis ou incentivando os agentes causadores a manterem as suas condutas ilegais (MARINONI, 2002, p. 20).

Para questões de direito tributário, a ineficácia da prestação jurisdicional pode resultar na grave e ilegal privação patrimonial do contribuinte, negando-lhe a livre administração das suas riquezas, decorrente da manutenção de recolhimentos indevidos ou do retardo da repetição do indébito, e incentivando o Estado a manter as ilegalidades em prática.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário, assim, não é meramente formal. As condutas que se desviem do direito positivo vigente devem ser coibidas com efetividade e os seus efeitos sejam reparados com celeridade por meio da tutela jurisdicional efetiva.

Essa efetividade, por sua vez, dependerá da adequada percepção pelo magistrado da sua posição no funcionamento da máquina do sistema judiciário, de modo a identificar e aplicar aquela solução que é praticada pelo *sistema judiciário*, em detrimento da solução que esteja alinhada às suas convicções, proferindo uma decisão que, em seu conteúdo, seja o mais aderente possível da decisão final que será proferida no processo. Essa conduta afirma a *unidade* e a *coerência* do sistema judiciário, reparando ilegalidades com alto grau de certeza, e tende a desestimular a interposição de recursos pelas partes no processo.

A certeza na tutela é condição para a *efetividade* da prestação jurisdicional, pois permitirá a sua execução provisória com baixo risco de reversão, prevenindo que a tutela jurisdicional cause ainda mais prejuízo no plano dos fatos.

O caminho para essa certeza na decisão passa pela observação das manifestações de instâncias superiores, especialmente das Cortes Supremas. Retardar a aplicação do posicionamento firmado pela Corte Suprema (que *uniformiza* o direito) significa não aplicar o direito vigente no momento da decisão, fazendo do Poder Judiciário, em vez de garantidor do Estado de direito, o viabilizador da prática de arbitrariedades.

Ao desconsiderar as posições de órgãos de julgamento superiores e das Cortes Supremas sob a justificativa de aplicar o direito legislado e não o direito jurisprudencial, o magistrado não contribui para a efetividade do sistema jurídico, submetendo as partes a mais

uma fase de processamento da medida judicial para que o resultado já sabido seja atingido, validando e mantendo a prática de condutas antijurídicas.

É importante que fique claro que o magistrado não tem a obrigação de concordar com os posicionamentos de órgãos que a ele sejam superiores, embora deva a eles aderir. Nada impede, nesse sentido, que, decidindo em favor do resultado determinado pelo sistema, o magistrado, ainda na decisão, promova críticas ao posicionamento aplicado, demonstrados os fundamentos que deveriam ensejar uma outra solução para o caso, de maneira a subsidiar eventual reavaliação da posição pela corte de julgamento que tenha firmado o posicionamento de uniformização.

A relação entre efetividade (ou a falta dela) e a adesão aos posicionamentos das Cortes Supremas, que estabelecem a certeza do direito, é sentida no direito tributário em situação corriqueira: são comuns medidas em que são discutidas somente questões de direito que impliquem o nascimento ou não da obrigação tributária. Em grande parte desses casos, juntamente com o pedido de não incidência do tributo, o contribuinte apresenta pedido de repetição do indébito decorrente do recolhimento a maior. Nessas condições, ainda que haja solução pelas Cortes Supremas sobre a questão de direito, em favor do pedido do contribuinte, admite-se o bloqueio da efetividade da tutela jurisdicional até o trânsito em julgado da medida (o que no Brasil depende de anos, muitas vezes, décadas), de modo a permitir ao contribuinte a compensação do indébito somente após a última decisão no processo, nos termos do art. 170-A do Código Tributário Nacional, questão que avaliaremos detidamente no capítulo seguinte²²⁷.

A falta de efetividade de decisões contra a fazenda pública é questão que deve ser enfrentada como um dos verdadeiros problemas de funcionamento do *sistema* judiciário brasileiro (BUENO, 2009, p. 245).

O exemplo acima deixa claro que a existência das Cortes Supremas, com a sua importância para a formação da norma jurídica, deveria ter o efeito de influenciar a atuação judiciária no que se refere à sua efetividade, de modo a impor que o conteúdo da solução

²²⁷ São inúmeros os exemplos de disposições legislativas que têm o efeito de bloquear a efetividade da tutela jurisdicional, sendo exemplos: i. o efeito suspensivo como regra no processamento de apelações (art. 1.012 do CPC/2015); ii. a imposição do duplo grau de jurisdição como condição para o trânsito em julgado (art. 496 do CPC/2015); iii. as limitações de efeitos da tutela coletiva (art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997); iv. as limitações de conteúdo para liminares em mandado de segurança (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009), entre outros.

final de mérito seja proferida o quanto antes no processo, ajustando ilegalidades com alto grau de *certeza e eficácia*.

Lembre-se que efetividade é a capacidade da tutela jurisdicional de gozar de eficácia, produzindo mudança no mundo real, dos fatos. Diante disso, é essencial para a atuação bem-sucedida do Poder Judiciário que a sua prestação seja realizada a partir dos critérios mais seguros possíveis, de modo a reduzir a sua possibilidade de reforma, de modo que a tutela seja efetiva (gerando efeitos) e certa (definitiva).

A efetividade, ainda, é parceira da celeridade processual na medida em que a sua concretização resulta em desestímulo para a interposição de recursos, já que a concretização dos efeitos da tutela e a ciência das baixas chances de sua reforma são incentivos para que as partes deixem de apresentar recursos direcionados para instâncias superiores de decisão.

Proferir decisões que sejam plenas em sua eficácia é instrumento contra aquele que abusa do direito de defesa com a adoção de estratégias processuais que tenham a única finalidade de obstar ou atrasar o gozo do direito pela parte que tenha decisão em seu favor. Desestimula, dessa forma, uma conduta que é típica dos grandes litigantes brasileiros.

A efetividade da tutela, portanto, deve significar, especialmente para os casos em que a controvérsia seja jurídica (e não fática) e que haja posicionamento das Cortes Supremas, na aplicação do direito vigente declarado pela Corte Suprema e na sua imediata concretização, por meio da possibilidade de execução (eficácia) da decisão proferida. Não basta, nesse sentido, garantir à parte uma decisão que aplique o direito vigente, de forma isonômica, se essa decisão seja vazia de eficácia.

Significa dizer que, de acordo com os princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da isonomia e da efetividade da tutela, que a interposição de recursos contra decisões que apliquem soluções proferidas pelas Cortes Supremas não deve gozar de nenhum tipo de efeito suspensivo, de modo a permitir a eficácia plena da decisão proferida.

A regra, tomando-se a efetividade da prestação jurisdicional por parâmetro, deve ser a plena eficácia das decisões judiciais que apliquem posicionamentos firmados pelas Cortes Supremas, de modo que as suspensões sejam exceções a serem determinadas após ponderações em casos específicos.

Se, por um lado, a adoção de práticas naturais ao modelo do *stare decisis* teria o efeito de tornar a prestação jurisdicional mais isonômica e efetiva com relação ao jurisdicionado, por outro lado, teria o efeito de tornar a atuação judiciária mais eficiente, em aplicação de mais um princípio constitucional brasileiro, o da eficiência na atuação estatal.

3.4.2.5 *Stare decisis* e eficiência na atuação estatal

Conforme apresentamos, um dos pilares que sustentam a doutrina do *stare decisis* é a eficiência que o modelo viabiliza para a prestação jurisdicional, na medida em que, estabelecidos os precedentes que são aplicados por todos os órgãos judiciários, tornando previsíveis os resultados de julgamentos, para medidas judiciais em curso, há desincentivo à interposição de recursos que, custosos para as partes e com baixíssimas chances de provimento, tornam-se pouco atrativos.

Note-se que a junção da efetividade da tutela, com a inadmissão de recursos que tendem apenas ao retardo da prestação jurisdicional, com a eficiência da prestação, aderindo-se aos posicionamentos já firmados pelo Poder Judiciário, resultaria no absoluto desestímulo à interposição de recursos direcionados a instâncias superiores.

A atuação do magistrado, nesse contexto, deve se voltar para o objetivo de estabilizar a controvérsia que lhe é apresentada oferecendo a solução *oficial* do sistema judiciário, e não a sua solução. Estando a parte ciente de que a decisão proferida é a decisão que aplica o posicionamento *oficial* do Poder Judiciário, ainda que em seu desfavor, haveria contundente desestímulo à interposição de recursos.

A certeza sobre a resposta judiciária e a celeridade no cumprimento de decisões, certamente, teriam efeitos que ultrapassariam os muros do Poder Judiciário, tornando viável a composição entre parte para a aplicação da norma jurídica sem a necessidade de pedido de uma decisão judicial para tanto. Note-se que o processamento de medidas judiciais, tanto para o Estado, quanto para as partes, é muito caro e demorado, de maneira que, havendo condições seguras para tanto, é vantajosa a composição extraprocessual.

Com as remotas chances de provimento a recursos (decorrente da aplicação da jurisprudência), certamente, um menor número deles seria interposto, tornando mais eficiente o trabalho de julgadores de segundo grau e das Cortes Supremas que receberiam um menor número de processos²²⁸. Sob o outro prisma, às partes a prestação jurisdicional se tornará mais célere e menos custosa, já que, conhecendo o resultado da controvérsia desde a

²²⁸ Nesse sentido: SUMMERS, 2016, p. 382; MARINONI, 2011, p. 181; MITIDIERO, 2017, p. 75.

primeira decisão no processo, não haverá necessidade de trânsito do processo por todos os órgãos recursais para que o correto conteúdo da decisão seja obtido.

A organização interna ao sistema, diante disto, é voltada para a execução da sua finalidade com a maior eficiência possível. Veja-se que a organização piramidal judiciária não gozaria de sentido algum se assumíssemos que todos os processos iniciados em primeira instância teriam, necessariamente, que ser revisados por Tribunais e Cortes Supremas. A organização deixaria de fazer sentido, pois o menor número de julgadores seria incapaz de julgar todos os processos a ele submetidos e seria esvaziada a utilidade da separação entre instâncias de julgamento, já que todos os processos teriam, necessariamente, a decisão da última instância de julgamento.

Veja-se que, se houver a obrigação de uma última instância reavaliar todos os processos em trâmite perante o Poder Judiciário, seria mais eficiente que todos os processos já se iniciassem perante aquele órgão de julgamento.

A organização piramidal judiciária, diante disso, não tem a finalidade de que juízes de primeiro grau apenas “preparem” o processo para a decisão dos Tribunais, mas a de unificar o entendimento praticado perante casos análogos. Trata-se do instrumento para que as respostas do sistema sigam um padrão (BECHO, 2017, p. 503).

O efeito jurídico da organização constitucional judiciária perante a atuação diária dos magistrados deveria ser a atuação conforme uma *peça* no sistema de prestação jurisdicional, e não como o prestador da justiça. Trata-se da imposição pretendida pelos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Assumir a condição de uma *peça* para a prestação judiciária, e não pretender prover a prestação como um todo, tem a consequência de colaborar com a coerência no funcionamento judiciário, mais uma demanda decorrente da organização constitucional sistemática do Poder Judiciário. A atuação como *participante do sistema* promove a maior consistência das decisões jurisdicionais, privilegiando as respostas do Poder Judiciário para os casos e não deste ou daquele juízo. É importante perceber, nesse sentido, que trabalhar em favor da coerência e da consistência da *jurisprudência* permite aos interessados no conteúdo da norma jurídica que a conheçam com maior clareza.

Basta imaginar que um contribuinte, por exemplo, para se planejar sobre uma determinada conduta, poderá ater-se ao posicionamento do Poder Judicial, considerando a sua posição preponderante (aquela determinada pelas Cortes de vértice), de modo a prever o resultado de uma demanda judicial que possa vir a existir. Esse tipo de reflexão, que é

comum para questões de direito tributário, demonstra a importância da jurisprudência para além dos limites do processo.

É evidente que são inúmeras as possibilidades dessa avaliação jurisprudencial, podendo o contribuinte incorrer em erro na verificação da existência de *jurisprudência* sobre um determinado assunto. É importante, por outro lado, reconhecer que a *expectativa normativa* gerada no contribuinte é justa e se alinha aos fundamentos já apresentados neste trabalho, considerando, especialmente, a grandeza que a manifestação que uma Corte Suprema possui perante todo o sistema, no exercício da sua função uniformizadora do direito vigente.

A confirmação dessa *expectativa normativa*, por sua vez, deve ser considerada pelo magistrado no momento em que promove a avaliação e o julgamento do caso concreto. Desconsiderar, muitas vezes veladamente, o posicionamento do *sistema judiciário* sobre o conteúdo do direito configura ato de *egoísmo*, descomprometido a eficiente atuação judiciária, que impede a determinação de racionalidade à atuação judiciária e ao próprio sistema jurídico.

Conforme já pontuamos, no *stare decisis* se reconhece o julgamento como um ato de exercício de humildade (FARBER, 2005, p. 1178), em que o julgador deverá reconhecer que a *sabedoria* na solução de um caso é atingida pelo sistema como um todo, e não por ele individualmente. Mais que isso, conforme verificamos para o modelo de “promoção” de magistrados no sistema brasileiro, pressupõe-se uma maior experiência e conhecimento de julgadores conforme a subida da escada das instâncias, que, além disso, se comparada com juízos de primeiro grau, têm a formação das suas posições por turmas de julgamentos, e não por juízos monocráticos²²⁹.

A suposição da *sabedoria* das decisões proferidas pelas Cortes, além da experiência dos julgadores que as compõem, está fundada no foro colegiado das suas decisões e no maior volume de casos recebidos, o que permite contato com um grande número de posições, argumentos, fundamentos e fatos diferentes, que tendem ao enriquecimento do posicionamento adotado na decisão judicial.

Ao longo do Capítulo 2 foram avaliadas as normas constitucionais que determinam, pormenorizadamente, a organização do Poder Judiciário brasileiro em instâncias de julgamentos, que são menores em número de magistrados a cada grau, escolhidos por

²²⁹ José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 275) afirma que a “jurisprudência dos tribunais é fruto da sabedoria dos experientes”.

critérios de experiência e de sabedoria. A essa organização judiciária, por sua vez, devem ser atribuídos efeitos de permitir a eficiência e coerência na atuação do Poder Judiciário.

O modo de exercício dessa função é, portanto, obrigação jurídica, decorrente das normas constitucionais de organização judiciária e, portanto, deve ser levado a efeito. Para que isso seja possível, contudo, o julgador deverá pautar a sua atuação pelo princípio da moralidade jurídica, fundamental para a concretização do *stare decisis*.

3.4.2.6 *Stare decisis* e moralidade

O caráter jurídico constitucional do dever de atuação do magistrado, enquanto peça do sistema judiciário, é informado, também, pelo princípio da moralidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, cujo conteúdo tem o efeito de afirmar a obrigação de o julgador atuar em favor da eficiência do sistema.

O princípio da moralidade, conforme apresentado no Capítulo 1, determina ao agente estatal a atuação voltada para a finalidade perseguida pelo Estado, mais especificamente, pelo órgão do qual é membro, em detrimento de uma atuação dotada de pessoalidade, caracterizada pela adoção de condutas e decisões próprias, em vez de institucionais.

A moralidade tem, portanto, o condão de conformar a atuação do indivíduo à atuação da instituição, de maneira a garantir aos particulares a previsibilidade sobre os efeitos de seus atos e evitar a prática de condutas arbitrárias, que ultrapassem os limites da legalidade e do tratamento isonômico.

Trata-se, portanto, de um conceito jurídico, pouco relacionado à concretização de normas morais, mas vinculado ao dever de promoção da atuação pública eivada dos princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade, pelo Estado, do interesse público*²³⁰.

No que se refere à atuação do magistrado, é, portanto, a determinação específica para que a sua atuação se concretize em favor da concretização da *finalidade* da sua instituição, que é promover a tutela jurisdicional efetiva de forma mais eficiente possível, o que deve ser

²³⁰ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 66), são esses os dois princípios básicos que informam a atuação estatal.

feito com a submissão das suas convicções e preferências pessoais aos posicionamentos institucionais (*jurisprudência*).

Não é conduta dotada de *moralidade jurídica* proferir decisões que apliquem normas jurídicas diferentes daquelas determinadas pelo Poder Judiciário enquanto instituição, identificáveis a partir das manifestações de órgãos de julgamento superiores. Menos moral, ainda, é a atuação descomprometida com a eficiência do sistema, se o fundamento para isso é a falta de humildade do julgador, proferindo decisões que apliquem, exclusivamente, a sua convicção, ou que seja uma forma de praticar o seu entendimento sobre o conceito de justiça.

Esse tipo de atuação tem o efeito de retirar da sociedade a capacidade de entender a atuação do Poder Judiciário enquanto um sistema muito bem organizado que tenderia à resposta igual para casos iguais. Personaliza, diante disso, a atuação judiciária na figura do juiz, que responderá a pedidos sempre com uma “opinião” sobre o pedido, causa para a inexorável inconformidade da parte derrotada, que buscará em grau de recurso uma decisão a ser proferida por um magistrado que tenha “opinião” em seu favor.

Para o ato de julgar, considerar as manifestações prévias não deve significar, apenas, a aplicação de mesmo resultado de pedidos análogos, mas o compromisso com os fundamentos da decisão precedente. A questão, contudo, é de abordagem um pouco delicada no ambiente jurídico brasileiro, considerando a nossa tradição de o trânsito em julgado não alcançar os motivos da decisão (art. 469 do CPC/1973 e art. 504 do CPC/2015). Vejamos.

Conforme apresentado neste capítulo, o *common law* não foi construído, necessariamente, a partir da replicação de resultados de julgamentos para casos análogos, mas da extração da regra jurídica ou do princípio (*ratio decidendi*) utilizados para fundamentar a decisão precedente, para a avaliação da sua aplicabilidade em casos futuros. Veja-se que a aplicação do precedente não depende, necessariamente, da identidade de casos, mas da reunião de condições para aplicação da norma jurídica utilizada como fundamento da decisão anterior.

Reduzindo sobremaneira o grau de complexidade que envolve a identificação e a aplicação da *ratio decidendi*, cabe verificar que o princípio da moralidade demanda do magistrado o compromisso com o fundamento jurídico utilizado nas decisões. Embora os motivos, de fato, não façam coisa julgada, ou seja, não se tornem indiscutíveis perante as partes envolvidas no processo, isso não deve significar o descompromisso do Poder Judiciário com os fundamentos para as suas decisões.

Isso porque a coerência na atuação judicial não se completa apenas com a imputação de mesma solução para casos análogos. Ser coerente deve significar a adoção de

racionalidades que não se contradigam, que permitam a identificação do “pensamento” judiciário sobre o conteúdo do direito vigente. Significa dizer que, estabelecida uma norma jurídica para a solução de um caso, essa mesma norma jurídica, ou os mesmos critérios jurídicos, devem ser considerados para a solução de casos subsequentes.

Eisenberg (1988, p. 44) apresenta a coerência como o primeiro fundamento do *common law*, subdividindo-a em congruência, no sentido de que uma norma jurídica deve derivar (concretização das normas) adequadamente da outra, e consistência, que se refere ao dever sistêmico de aplicação sistêmica das normas, fazendo correta correlação para aplicação de normas jurídicas identificadas em casos posteriores. Essa demanda por coerência deve refletir no dever do julgador ou do órgão de julgamento de enfrentar a norma jurídica reconhecida em precedente caso pretenda a sua não utilização, em nítida sinceridade com a atuação institucional.

É ótimo à sociedade, especialmente aos contribuintes, saber com alto grau de segurança sobre a solução de controvérsias em concreto. Permite o planejamento com a real ciência sobre os riscos inerentes a cada conduta. Conseguir depreender a *racionalidade* do Poder Judiciário sobre determinadas normas jurídicas, contudo, permitirá o planejamento de ações para além de somente o caso concreto, mas também para casos similares que tenham por objeto a mesma norma jurídica, o que, de fato, significa o conhecimento sobre o conteúdo do direito vigente.

Em direito tributário a identificação dessa racionalidade ganha especial importância, pois o conteúdo jurídico de determinados *termos* é aplicável sobre uma gama indeterminada de fatos, para a verificação da subsunção do fato à norma. Por exemplo, ao determinar o conteúdo jurídico de *faturamento* como fundamento para a solução de uma controvérsia, expectativas nascerão para a aplicação do mesmo conceito sobre todos os tributos incidentes sobre este fato (PIS, COFINS, CPRB²³¹), ao determinar o conteúdo jurídico de *insumo*, mesmas expectativas nascerão para vários tributos relacionados (IPI, ICMS, PIS, COFINS, IRPJ, CSLL), ao especificar os limites para a formação da base de cálculo da contribuição previdenciária (art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991) para fundamentar a não incidência sobre determinado pagamento, nascerá a expectativa de não incidência sobre todos os outros pagamentos que desbordem os mesmos limites.

²³¹ Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, instituída pela Lei n. 12.546/2011.

O conteúdo jurídico da moralidade determina, diante disso, a atuação não arbitrária do Poder Judiciário, que deve usar de um “mesmo direito” para a solução de questões, ainda que diferentes, mas que dele dependam, não cambiando o conteúdo da norma jurídica conforme a predisposição para uma solução do caso concreto. Especialmente para as Cortes Supremas isso poderá ser atingido pela racionalidade de universalização da fundamentação.

Adotar a racionalidade de universalização significa a preocupação com a aplicabilidade da solução jurídica para casos futuros, e não só para a resolução da controvérsia em concreto. Para isso, evidentemente, os critérios jurídicos da decisão devem ser estabelecidos cuidadosamente, considerando, também, eventuais oposições que outras questões fáticas, que não aquela analisada em concreto, poderiam impor às conclusões obtidas na formação da norma jurídica²³².

Considerando o papel fundamental que temos sustentado que o Poder Judiciário desempenha perante toda a sociedade, o dever de pautar julgamentos por uma racionalidade de universalização não deveria ser adotado somente pelas Cortes Supremas, mas por todos os órgãos de julgamento do sistema, o que potencializa a capacidade de a sociedade absorver o conteúdo do direito vigente.

Mais que isso, a universalização é arrimo para a moralidade, na medida em que torna as decisões impessoais e consistentes entre si, estabelecendo mais uma condição para o funcionamento sistemático do Poder Judiciário, no objetivo de permitir o conhecimento das posições jurisprudenciais, despersonalizando o exercício da jurisdição.

3.4.2.7 *Stare decisis* no sistema brasileiro

²³² Atesta em favor desse reconhecimento o fato de tanto o STJ quanto o STF possuírem súmulas que expressam a jurisprudência de ambas as Cortes no sentido de não admitirem os recursos especial e extraordinário para a discussão de fatos, mas apenas de direito. Aliando-se a isso a determinação constitucional, ainda que prevista por Emenda, da demonstração da existência de repercussão geral da matéria como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, fica claro que a função das Cortes Supremas é promover soluções mais genéricas do que concretas, valendo-se, evidentemente, do caso concreto que lhe é submetido para tanto. Para desempenhar essa função com eficiência, certamente, a Corte deve perseguir a formulação de fundamentos e soluções a partir da racionalidade de universalização, de maneira a resolver com eficiência, não só, o caso concreto, mas estabelecer um resultado adequado para a controvérsia jurídica, permitindo a sua aplicação a casos futuros, mesmo que sobre conflitos ainda não determinados em concreto.

A partir dessas considerações sobre a influência dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade, da eficácia da tutela, da eficiência da atuação e da moralidade sobre a atuação do *sistema* Judiciário, esperamos ter apresentado os subsídios necessários para concluir que a Constituição brasileira determina um modo de operação para o Poder Judiciário.

Esse modo de operação, fundamentado em princípios e na organização constitucional judiciária, pode ser comparado com o modelo de *stare decisis* que é praticado no *common law* e teve o seu desenvolvimento fundado em elementos muito similares às normas de princípios e de organização sistemática apresentadas neste trabalho.

Ao observarmos o *stare decisis* como elemento de comparação e, em parte, como elemento de comprovação da existência de um modelo que atenda às normas constitucionais avaliadas, não queremos dizer que o modelo brasileiro de jurisdição deve adotá-lo em sua integralidade, mas pontos que são fundamentais àquele modelo e que concretizariam normas constitucionais brasileiras devem passar a fazer parte da reflexão diária dos operadores do direito, magistrados ou não.

As mudanças legislativas que apresentamos neste capítulo atestam o argumento pela necessidade de ajustes no funcionamento do *sistema* judiciário. Conforme apresentamos, ainda no Código de Processo Civil de 1973 foram promovidas inúmeras mudanças para, a partir da valorização de alguns tipos de provimentos, reduzir o número de processos submetidos aos órgãos colegiados de Tribunais e às Cortes Supremas. Essas mudanças legislativas, baseadas, basicamente, no aumento das hipóteses de julgamentos monocráticos e no impedimento de processamento de recursos, embora voltadas para a redução do número de processos, permitiam a produção de decisões que “negavam” o direito ao processamento tradicional de recursos àqueles que litigavam contra a “jurisprudência dominante”²³³ ou súmulas jurisprudenciais.

Com a Emenda Constitucional para criação da Súmula Vinculante e do requisito de repercussão geral e com as mudanças no CPC/1973 para a inserção das técnicas de

²³³ Já tivemos a oportunidade de comentar, neste trabalho, a incoerência da expressão “jurisprudência dominante”. O conceito de jurisprudência vincula-se à possibilidade de identificação do posicionamento de uma Corte de julgamento sobre determinado assunto, o que pressupõe a estabilização do entendimento. Ao dizer “jurisprudência dominante”, o próprio Código de 1973 assumia a possibilidade de julgamentos monocráticos com fundamento em posicionamento ainda não consolidado, na medida em que, se havia um posicionamento dominante (o que é de difícil constatação), poderia haver, também, posicionamento em outro sentido praticado pelo mesmo Tribunal.

juízo de recursos representativos de controvérsia, mais um atestado de validade foi produzido em favor do discurso erigido neste trabalho.

Com as novas previsões constitucionais e legais, os posicionamentos firmados pelas Cortes Supremas em processos afetados a esses novos institutos passariam a gozar de efeitos vinculantes perante o Judiciário e administração pública (súmula vinculante) ou perante o Poder Judiciário somente (representativos de controvérsia). Essas mudanças, contudo, não promoveram alterações nas composições das Cortes, tampouco em sua organização para julgamentos, de maneira que os mesmos julgadores e órgãos de julgamento poderiam julgar, em uma mesma sessão, recursos repetitivos e outros recursos, ou votar a edição de uma súmula vinculante e, em mesma sessão, decidir um recurso extraordinário.

Haveria, nesse contexto, algum fundamento constitucional que permitisse uma diferença de tratamento tão grande para uma decisão proferida em um recurso afetado a uma sistemática tão pouco diferente da sistemática do processamento de um recurso comum? Parece-nos que não.

A súmula vinculante e o julgamento representativo de controvérsia nasceram para afirmar a importância de uma decisão proferida pela Corte Suprema e o seu efeito de estabilizar o conteúdo do direito. Afirmaram, também, que, somente mediante a adesão judiciária aos precedentes, a concretização da segurança jurídica, do tratamento isonômico, da efetividade da tutela e da eficiência do funcionamento da máquina judiciária será possível.

O exercício da função pública ditada pelo princípio da moralidade não permite admitir que as Cortes Supremas dispensariam maior atenção ou mais cuidado no julgamento de recursos representativos de controvérsia. Todas as suas decisões devem ser impessoais, voltadas para o exercício da sua função constitucional da uniformização do conteúdo do direito, de maneira que *todas* as decisões deveriam surtir perante o Poder Judiciário os efeitos determinados pela técnica de julgamento representativo de controvérsia, qual seja, de adesão ao posicionamento, como forma de respeito ao funcionamento sistemático do Poder Judiciário e do exercício da função que é própria às Cortes Superiores.

A mesma reflexão vale para a lavratura de uma súmula vinculante pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Enquanto súmula, ainda que vinculante, o seu conteúdo expressa um posicionamento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que deveria ser objeto de consideração e de respeito pelo Poder Judiciário e, também, pela administração pública, considerando o seu sentido de *esclarecer* o conteúdo da norma constitucional.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal, seja em suas turmas de julgamento, seja em seu órgão plenário, representa o máximo da concretude e da segurança na

manifestação judiciária, o que deveria servir à orientação da conduta de toda a sociedade e, evidentemente, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. É adequado reconhecer, sobre os efeitos do exercício da jurisdição pelas Cortes Supremas, que o fundamento de validade para a existência da Súmula Vinculante e do julgamento de recursos representativos de controvérsia só podem ser os princípios e a organização judiciária tratados neste trabalho.

Queremos, com isso, reconhecer que as reformas havidas na vigência do CPC/1973 tiveram o condão de, por diferentes técnicas, tornar concreto o dever de observação de provimentos precedentes pelo próprio Poder Judiciário, o que se alinha ao seu adequado funcionamento enquanto sistema.

O que parece não ter ocorrido, contudo, foi a conscientização do próprio Poder Judiciário da importância dessa atuação para além dos usos dos institutos processuais legalmente previstos, ou seja, assumindo a responsabilidade que é inerente ao exercício da sua função para a determinação do conteúdo do direito vigente, causando, como decorrência direta, os deveres de manutenção da coerência e da estabilidade nos posicionamentos e de observação de precedentes, horizontal e verticalmente.

O CPC/2015, por sua vez, inseriu expressamente no direito positivo brasileiro disposições direcionadas para o Poder Judiciário, com a finalidade de lhe impor uma atuação mais sistemática. Para isso, o CPC/2015 elevou a importância das manifestações jurisdicionais precedentes produzidas.

Conforme apontamos, são significativas, nesse contexto, a substituição pelo CPC/2015 da locução “literal disposição de lei” por “norma jurídica”, a determinação de que o juiz fundamente a sua decisão no *ordenamento jurídico* e, mais concretamente, nos arts. 926 e 927, as imposições de manutenção pelos Tribunais de uma jurisprudência íntegra, coerente e estável e de observação de determinados tipos de provimentos no ato de julgamento por juízes e por Tribunais.

Com tais disposições, expressa e didaticamente, o CPC/2015 promove o funcionamento sistemático do Poder Judiciário, impondo a observação não somente daqueles provimentos que já nascem como vinculantes, mas também daqueles que representem os posicionamentos institucionalmente firmados, de maneira a concretizar os princípios constitucionais que têm fundamentado o nosso raciocínio neste trabalho.

É importante reconhecer, contudo, que o melhor desempenho judiciário, considerando a sua eficiência e a sua capacidade de informar a sociedade do direito vigente, não depende de disposições veiculadas por lei, mas da real observação dos ditames constitucionais que devem informar o seu funcionamento. Basta perceber que os magistrados

e os órgãos de julgamento poderão ignorar as obrigações explicitadas pelos arts. 926 e 927 do CPC/2015, mantendo-se a rigidez na observação, somente, daqueles provimentos especificamente vinculantes. A inexistência de sanção²³⁴ para as obrigações determinadas pelos dispositivos em questão permite que o magistrado os descumpra, sem qualquer tipo de constrangimento, submetendo a parte ao recurso para reforma da decisão proferida.

A mesma inexistência de norma sancionadora permitiria ao magistrado ou ao órgão de julgamento que ignorasse, até mesmo, aqueles provimentos legalmente vinculantes. Também para os provimentos vinculantes (súmulas vinculantes, soluções de demandas repetitivas ou assunções de competência) não há norma jurídica que force o magistrado à adesão ao posicionamento, de maneira que, ainda que resolvida uma questão por provimentos vinculantes, caso queira, o magistrado poderá dele discordar²³⁵, não o aplicando e submetendo a parte ao recurso.

A existência de disposições legais que determinem a adesão a determinados tipos de provimento ou a previsão de precedentes vinculantes, por si só, não representa soluções capazes de promover o funcionamento sistemático eficiente do Poder Judiciário, tampouco de entregar a segurança jurídica e isonomia de tratamento pretendidas pela sociedade.

Vale, nesse ponto, a crítica produzida pela doutrina do próprio *common law* para dizer que o mau uso de precedentes, ainda que vinculantes, permite ao julgador manipular as regras jurídicas para decidir conforme o seu entendimento pessoal (SUMMERS, 2016, p. 404) ou forçar situações de detalhado *distinguishing* para que o precedente não seja aplicado (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHAL; 2016, p. 326).

O eficiente funcionamento judiciário, portanto, não depende de disposições legislativas que “ensinem” os juízes a julgar, mas da atuação desses mesmos juízes com consciência da sua função em uma *máquina* criada para a prestação da tutela jurisdicional e que, a depender do seu modo de operação, específico, essa máquina produzirá respostas mais eficientes, eficazes e seguras.

²³⁴ Dizemos sanção no sentido de norma jurídica secundária, aquela que instrumentaliza o cumprimento da norma jurídica primária, que determina uma obrigação material. No caso concreto, não há norma jurídica que estabeleça um instrumento apto a impor ao julgador a observação dos dispositivos em questão.

²³⁵ Veja-se que são algumas as possibilidades de fundamentos de que o magistrado poderá se valer para afastar o precedente vinculante, por exemplo, promovendo o *distinguishing* entre caso concreto e caso resolvido com solução vinculante, alegando que o precedente vinculante foi formado com erro claro sobre a legislação vigente (*per incuriam*) ou alegando a necessidade de superação da solução do precedente (*overruling*).

Essa reflexão deve valer para julgadores ocupantes de posições em todos os níveis da pirâmide hierárquica do sistema judiciário, de modo que também os ministros das Cortes Supremas não estão alheios a esse dever.

Tendo sido apresentada ao longo deste trabalho a importância da atuação das Cortes Supremas para o conhecimento do direito vigente e da segurança jurídica, é essencial que os julgadores dessas Cortes estejam atentos à estabilidade das suas manifestações e à coerência entre elas, permitindo a certeza sobre o resultado jurídico de controvérsias, assim como o conteúdo do direito vigente, cumprindo eficazmente, com isso, a função que lhes foi atribuída pela Constituição Federal de 1988.

O exercício da sua função com comprometimento com a segurança jurídica pelas Cortes Supremas é condição necessária para o eficiente funcionamento do Poder Judiciário enquanto sistema. Veja-se que a imprevisibilidade sobre as soluções jurídicas (falta de comprometimento com a coerência) e a facilidade com que posicionamentos são alterados (insegurança jurídica) são causas contundentes para que o restante do sistema judiciário continue a produzir decisões descomprometidas com o posicionamento das Cortes Supremas, que poderá ser mudado a qualquer momento, ou que poderá não embasar o raciocínio jurídico de controvérsia similar.

Não havendo evidências seguras de que a decisão final do *sistema judiciário* (posicionamento das Cortes Supremas) esteja determinada, é natural que o julgador profira decisões de acordo com o posicionamento que melhor se alinhe às suas convicções, fazendo com que esse julgador tenha os sentimentos de realização da (sua) justiça e de colaboração com o sistema judiciário para a formação de um posicionamento sobre o caso em análise.

As Cortes Supremas, portanto, têm importância destacada na Constituição Federal capaz de coordenar a atuação de todo o Poder Judiciário, de maneira que o exercício da sua função de julgamento, diariamente, deve ser informada pelos *deveres* jurídico-constitucionais de atuação sistemática, viabilizando a efetividade da tutela jurisdicional e eficiência no funcionamento da máquina judiciária, e de observação dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade.

Os mesmos deveres jurídico-constitucionais deverão informar a atuação de todos os outros órgãos de julgamento inseridos no sistema judiciário, impondo uma atuação voltada para a resposta do Poder Judiciário para o caso concreto, e não daquele órgão de julgamento que analisa o caso concreto.

O elemento fundamental para a decisão em um caso concreto não deve ser a convicção pessoal do julgador, mas a resposta que o direito vigente atribui ao caso. A

determinação do conteúdo do direito vigente, por sua vez, está intimamente ligada ao posicionamento adotado pelo Poder Judiciário, notadamente as Cortes Supremas, para a solução de controvérsias sobre o conteúdo da norma jurídica. Aplicar o direito vigente, portanto, dependerá da percepção pelo julgador da resposta dada pelo próprio judiciário para aquele caso concreto ou para outros que guardem com ele alguma conexão, de modo a produzir respostas coerentes com as manifestações sistemáticas e, por consequência, com o direito vigente.

Trata-se, conforme sustentamos, do cumprimento do dever do exercício da função pública dentro dos limites do princípio constitucional da moralidade, subjugando as convicções pessoais às “convicções” institucionais, despersonalizando o exercício da função pública e tornando-a mais eficiente.

O elemento fundamental para a concretização dos princípios e da organização constitucional judiciária apresentados está na forma em que o Poder Judiciário brasileiro deverá lidar com as suas próprias manifestações jurisdicionais, criando uma verdadeira *jurisprudência* diante de casos concretos e estabelecendo a coerência entre diferentes posicionamentos.

Com fundamento nos elementos constitucionais analisados, comparados com insumos do *common law*, o Judiciário deve promover movimento em favor do fortalecimento das suas posições, de maneira a deixá-las mais claras, estáveis e coerentes entre si. Isso, evidentemente, deverá ser considerado no momento da prolação de cada decisão, em que o julgador ou o órgão de julgamento deverá ater-se detidamente ao fato de a sua decisão poder informar a solução de um número indeterminado de outros processos e ao fato de a sua decisão depender de coerência com as decisões já proferidas pelo próprio Poder Judiciário, considerando, especialmente, o quanto decidido pelas Cortes Supremas.

Atingir esse *modus operandi*, sem dúvida, depende de uma mudança de hábitos arraigados na tradição do funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, o que não deve significar, contudo, a impossibilidade de que isso seja levado a efeito, considerando a demanda social pela segurança jurídica e eficiência na atuação judiciária e a necessidade do próprio Poder Judiciário pela redução do número de processos e de *recursos* que lhe são submetidos para apreciação.

Ainda que de tais argumentos jurídico-constitucionais seja possível extrair a tese jurídica que atribui ao Poder Judiciário o dever de observação dos seus precedentes, estabelecendo um novo modo de operação para o sistema brasileiro, há questão específica

de direito tributário a ser diretamente enfrentada a partir de tais fundamentos, o que é o objeto do próximo capítulo deste trabalho.

4 O EFEITO DO FUNCIONAMENTO CONSTITUCIONAL JUDICIÁRIO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO: UM CASO CONCRETO

Como forma de aplicar as considerações apresentadas ao logo deste trabalho ao direito tributário, neste capítulo sustentaremos a sua influência sobre os limites da aplicabilidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional, cujo conteúdo impede a compensação do indébito tributário antes do trânsito em julgado da decisão judicial que o declara.

Para isso, cumpre rememorar que ao longo dos três primeiros capítulos deste trabalho apresentamos normas constitucionais que têm efeito sobre a atuação do Poder Judiciário. Foram avaliadas as influências na atuação judiciária dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade, da eficácia da tutela jurisdicional e da eficiência e moralidade e das normas de organização constitucional judiciária, para que, a partir de comparações com a doutrina do *stare decisis*, verificássemos o dever de atuação sistemática do Poder Judiciário, de maneira a reconhecer que o ato de julgar depende da real consideração das decisões já proferidas pelo sistema judiciário, seja em graus superiores de hierarquia, seja perante o próprio juízo que proferirá a decisão.

Considerando o dever de observação dos posicionamentos judiciários, apresentamos com especial atenção o dever de adesão aos posicionamentos firmados pelas Cortes Supremas que, ocupando o vértice da pirâmide organizacional judiciária, possuem como função típica a uniformização do direito (nomofilaquia), que é exercida por meio do julgamento de casos concretos.

Esclarecida a controvérsia jurídica pelas Cortes Supremas, no Brasil, para questões de direito tributário constitucional e infraconstitucional, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, deve ser dado por conhecido o conteúdo do direito vigente que deverá ser aplicado pelo restante do Poder Judiciário.

A solução de um caso perante uma Corte Suprema, portanto, representa mais do que a resolução de uma contenda, mas o esclarecimento sobre o conteúdo do direito vigente, o que deve ser objeto de adesão pelo restante do Poder Judiciário, não só para que o Estado de direito, segurança jurídica e tratamento isonômico sejam levados a efeito, mas para que a tutela jurisdicional seja prestada eficazmente, com a prolação de decisões que tendam à não

alteração, e eficientemente, dispensando a análise, pelas Cortes Supremas, de todos os processos em trâmite perante o Poder Judiciário.

Ainda que esses fundamentos jurídico-constitucionais determinem uma verdadeira mudança na racionalidade do magistrado para proferir uma decisão, há efeitos jurídicos imediatos e aplicáveis que podem ser depreendidos desse modelo constitucional de atuação judiciária, especialmente da função das Cortes Supremas.

É exatamente em um desses pontos que este capítulo focará, qual seja, a influência dos princípios e regras constitucionais analisados sobre a determinação contida no art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Para isso, considerando que o dispositivo em questão determina uma restrição à efetividade da tutela jurisdicional, pois condiciona a eficácia da decisão que declara o indébito tributário ao trânsito em julgado, sustentaremos a redução das suas hipóteses de aplicação, confinando essa limitação à efetividade da tutela jurisdicional somente para os casos em que isso seja constitucionalmente admissível.

Para essa tarefa, então, passamos à apresentação do art. 170-A do Código Tributário Nacional, com algumas considerações genéricas sobre o direito de compensação tributária.

4.1 O art. 170-A do Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional (CTN) é diploma normativo veiculado pela Lei n. 5.172/1966, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar, com fundamento na competência outorgada à União Federal pelo seu art. 146 para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, o que foi validado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento pela inconstitucionalidade de disposições que estabeleciam prazos de decadência para o lançamento e de prescrição para a cobrança em prazos diferentes daquele previstos pela Lei Complementar em questão²³⁶.

²³⁶ O posicionamento gerou a edição da Súmula Vinculante n. 8, publicada em 20 de junho de 2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.” A súmula baseou-se em posicionamento firmado pelo Pleno daquela Corte no julgamento do RE 556.664 (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/06/2008, publ. 14/11/2008).

A partir da competência determinada pelo art. 146 da Constituição Federal, portanto, atribuiu-se à União Federal, por via de lei complementar, os deveres de, além de dispor sobre conflitos de competência e de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelecer normas gerais para a uniformização dos procedimentos que envolvem a tributação perante todas as esferas políticas da federação²³⁷.

Amparado nesta competência, o CTN promove regulamentação do direito do contribuinte de restituição do pagamento indevido de tributo e de extinção da obrigação tributária, assuntos que se relacionam pelo instituto da compensação tributária, sendo que, propomos, especificamente, a avaliação da restrição imposta pelo art. 170-A, incluído no CTN pela Lei Complementar n. 104/2001, com a seguinte redação:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

O dispositivo é claro ao vedar a compensação de débitos tributários com crédito decorrente de declaração judicial, antes do trânsito em julgado da ação. Essa disposição representou verdadeira limitação de atuação dirigida ao próprio Poder Judiciário que deixou de proferir tutelas liminares autorizando a compensação do indébito decorrente de declaração da não incidência de tributo e passou a condicionar a eficácia de suas sentenças, sobre compensação, ao trânsito em julgado das medidas judiciais em que proferidas.

Assim, a partir da entrada em vigor do dispositivo, independentemente da questão de direito discutida perante o Poder Judiciário que resultasse na declaração de existência de indébito tributário, a sua utilização para compensação deixou de ser possível antes da última decisão proferida na medida judicial, submetendo o contribuinte a largos espaços de tempo para a reparação da ilegalidade cometida pela fazenda pública com a não devolução do recolhimento indevido.

É importante, antes das considerações específicas sobre a relação do art. 170-A do CTN, afirmar que a compensação é meio para a extinção de obrigações, fazendo-se resolver obrigações quando os seus sujeitos possuem créditos e débitos mútuos entre si. O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) assim define a compensação em seus arts. 368 e 369:

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

²³⁷ Nesse sentido: STF, RE 562.276, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, unânime, julgado em 03/11/2010, regime do art. 543-B do CPC/1973.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

A hipótese de compensação à qual o art. 170-A do CTN se relaciona é a compensação para a extinção do crédito tributário, ou seja, aquela em que o sujeito passivo na relação tributária (em regra, o contribuinte) tem o dever jurídico de pagar o tributo, mas, ao mesmo tempo, é sujeito ativo em uma relação obrigacional para a restituição de tributo indevidamente recolhido, sendo o mesmo ente público o titular direito de exigir o pagamento do tributo e o devedor na obrigação de restituição do indébito²³⁸.

Nesta hipótese, a compensação se operaria com o sujeito passivo na relação tributária deixando de recolher o tributo devido para o ente público e promovendo proporcional abatimento do indébito do qual é titular.

O art. 170-A do CTN, diante dessa hipótese, determina que, caso o indébito do contribuinte tenha origem em declaração judicial, somente será possível a sua utilização após o trânsito em julgado da medida judicial que o declarara.

Para levar adiante os apontamentos sobre o art. 170-A do CTN, faz-se necessário reconhecer que o referido procedimento de compensação é de “interesse” do contribuinte, podendo ser encarado como uma espécie dos procedimentos de restituição do recolhimento indevido, uma vez que, sendo titular do indébito, caberia a decisão entre a realização da compensação ou o pedido de repetição.

A compensação tributária, encarada pelo espectro de interesses do contribuinte, portanto, é uma das hipóteses possíveis para a restituição do tributo indevidamente pago, direito que encontra os seus fundamentos no Estado de direito e no decorrente princípio da legalidade, que impedem o Estado de manter consigo riquezas que não lhe sejam legalmente devidas, cabendo a sua restituição com a maior eficiência possível²³⁹.

No caso de a exigência inconstitucional ou ilegal ser levada a efeito, é o próprio princípio da legalidade que fundamenta o dever de devolução dos valores para o contribuinte, como forma de reparação da atual estatal que atingiu as garantias de propriedade e de liberdade do contribuinte, sem que isso fosse autorizado por lei. Nesse

²³⁸ Paulo Cesar Conrado (2010, p. 89) observa que a compensação tributária é causa para a extinção de duas relações creditórias, uma de titularidade do fisco e outra de titularidade do contribuinte.

²³⁹ Conrado (2010, p. 101) vê na compensação um sucedâneo da execução decorrente da decisão que condena a fazenda pública à repetição do indébito tributário. Aderindo, parcialmente, à posição do autor, reputamos essencial que se verifique o tipo de tutela requerida pelo contribuinte perante o Poder Judiciário, uma vez que esta, resumindo-se à natureza *declaratória*, poderá apenas decidir pela norma jurídica vigente e, a partir disso, o contribuinte exercer o direito à compensação diretamente perante a administração pública.

sentido são as lições de Gabriel Troianelli (1998, p.21), que, em obra específica sobre a compensação tributária, assim se manifesta:

Sendo vedado aos entes tributantes “exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”, a interpretação dessa cláusula constitucional conduz, necessariamente, ao dever de ressarcir o contribuinte pelo indébito tributário, pois não seria razoável imaginar um princípio da legalidade temporalmente limitado, pelo qual o Estado não pudesse cobrar tributo sem lei mas pudesse, tranquilamente, após eventual cobrança de tributo ilegal, manter em sua posse os recursos oriundos desse tributo. Em virtude do princípio hermenêutico da máxima efetividade da norma constitucional, a interpretação do princípio da legalidade tributária deverá conduzir, necessariamente, à impossibilidade de que o Estado guarde para si tributo indevidamente pago, que se dará tanto pela abstenção de exigir tributo indevido, quanto, caso já efetuado o pagamento indevido, pelo seu ressarcimento ao contribuinte.

Além de reconhecer no princípio da legalidade o fundamento para a restituição do recolhimento indevido, é fundamental que se perceba que a exigência de tributo indevido configura gravíssima ilegalidade, por afrontar os direitos fundamentais de propriedade e de liberdade do contribuinte.

A privação do livre gozo pelo particular do seu patrimônio, o que ocorre com o pagamento de tributo além dos limites da Constituição e da lei, deve ser reparada com o maior grau de eficácia e de eficiência possíveis, fazendo valer, não só, as garantias de atuação pública eficiente e moral, mas também a própria razão de existir do Estado de direito, a de proteger o particular contra a força estatal.

Considerando a nocividade da tributação para o particular, há parcela da doutrina que sustenta a existência de uma garantia fundamental ao não pagamento de tributos inconstitucionais ou ilegais, sentido no qual são as palavras de Diogo Leite de Campos (2007, p. 105):

Mas os cidadãos continuam precisar ser protegidos do estado que devia ser o seu primeiro defensor, o primeiro garante dos seus direitos. Continua a ser necessário “jurisdicizar” os impostos. Com este fim, há que ter consciência que os seres humanos estão antes e acima do Estado e dos impostos. Antes do dever de pagar impostos, situa-se o *direito fundamental de não pagar os impostos que violem os direitos (liberdade, garantias) das pessoas*.

É partindo da garantia constitucional em favor do cidadão de não ser exigido além dos parâmetros juridicamente possíveis (a começar pela legalidade), que Troianelli (1998, p. 23-24) aponta ser descabida a determinação de restrições legais às formas de restituição de recolhimentos indevidos, garantindo ao cidadão a efetiva reparação da infração das correspondentes garantias fundamentais. Transcrevemos palavras do autor:

Ora tratando-se o direito do contribuinte ao ressarcimento do indébito tributário de um corolário do princípio da legalidade, goza aquele direito do mesmo grau de eficácia deste princípio. Assim sendo, no que se refere à eficácia positiva, independe o direito ao ressarcimento do indébito tributário da existência de qualquer norma infraconstitucional, sendo, portanto, desnecessário o art. 165 do Código Tributário Nacional que meramente explicita um direito constitucionalmente assegurado: o direito fundamental de não pagar tributos exigidos em desconformidade com a Constituição ou a lei [...].

O excerto deixa claro que a compensação tributária, enquanto meio eficiente de devolver ao cidadão a sua riqueza indevidamente captada pelo Estado, está fundada em interpretação que atribui a máxima eficácia ao princípio da legalidade tributária, não permitindo ao ente tributante que mantenha em seus cofres valores que lhe foram indevidamente entregues. Estevão Horvath (1997, p. 141-142) aponta a garantia do contribuinte de eficiente ressarcimento, ainda que o recolhimento tenha sido feito na modalidade de autolancamento:

De lege ferenda, cremos de todo conveniente que o legislador se ocupe da questão, com o escopo de aprimorar o rol do “Estatuto do Contribuinte”, fazendo com que o mesmo possa ressarcir-se ágil e imediatamente do despojamento de parcela de sua propriedade, que terminou por acontecer devido a falha sua, mas que derivou do exercício de funções que, em princípio, caberiam à Administração Fiscal.

Ainda que essa interpretação constitucional pudesse ser o fundamento para eficiente devolução de valores indevidamente recolhidos ao Estado, especialmente por via de um procedimento de compensação tributária livre de restrições e impedimentos, não é a realidade do sistema de tributação brasileiro, que impõe restrições ao procedimento de compensação²⁴⁰ e ao próprio Poder Judiciário para reconhecer e efetivar esse procedimento em favor do contribuinte, como ocorre com o impedimento de compensação determinada judicialmente antes do trânsito em julgado da ação, nos termos do art. 170-A do CTN.

Há, diante disso, possibilidade de que seja sustentada a inconstitucionalidade das restrições ao procedimento de compensação tributária a partir do princípio da legalidade em direito tributário, o que, contudo, não será objeto de avaliação deste estudo, que é focado na relação entre o art. 170-A do CTN e os princípios constitucionais que determinam a forma de atuação do Poder Judiciário. Sem prejuízo, cumpre anotar a crítica promovida por Ives Gandra Martins contra qualquer tipo de restrição legalmente imposta à eficiente devolução de recolhimentos realizados pelo contribuinte. São as suas palavras (MARTINS, 1996, p. 83):

²⁴⁰ Em esfera federal a compensação tributária é regida, principalmente, pelo art. 74 da Lei n. 9.430/1996, com alterações posteriores.

A questão que se coloca para a reflexão dos estudiosos é a seguinte: Pode o legislador ordinário reduzir o direito à compensação – conferindo ao Poder Público o direito de ser “caloteiro” – sem ferir o princípio da “moralidade pública”? Pode apenar o contribuinte com a perda da liberdade, se atrasar o pagamento de tributos, e de outro lado, retirar deste o direito de ressarcir-se, imediatamente, do que lhe foi exigido ilegalmente, consagrando a favor do Poder Público, o dito “façam o que eu digo, mas não façam o que eu faço” sem violentar o princípio da moralidade pública?

Embora haja manifestação doutrinária contrária à constitucionalidade do art. 170-A do CTN com fundamento em princípios típicos de direito tributário, cumpre apontar que a jurisprudência das Cortes Supremas brasileiras reconhece a constitucionalidade do dispositivo em seu mérito, de modo que o abordaremos, não a partir de fundamentos tradicionais ao direito tributário, mas à luz das regras e princípios constitucionais que se voltam à atuação do Poder Judiciário, o que, entendemos, sustenta a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, conforme deixaremos claro adiante.

Isso porque, mais que uma restrição contra o exercício de um direito pelo contribuinte, o art. 170-A do CTN representa um verdadeiro retardo da efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que esse dispositivo obsta a produção de efeitos pela decisão judicial que declara a existência do indébito em favor do contribuinte e autoriza a sua compensação com outras obrigações tributárias. Essa tutela estará sujeita ao trânsito em julgado da ação em que proferida para gerar os seus efeitos, qual seja, permitir a operacionalização da compensação tributária.

Estamos cientes de que o dispositivo foi inserido no direito positivo para evitar que decisões liminares de natureza antecipatória ou sentenças autorizassem a compensação tributária com fundamento em posicionamentos frágeis sobre a não incidência tributária, passíveis de alterações em grau de recurso²⁴¹. Por meio do art. 170-A do CTN, ao

²⁴¹ Consta na exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar n. 77/1999, convertido na Lei Complementar n. 104/2001, que incluiu o art. 170-A no CTN: “O art. 170-A, proposto, veda a compensação de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, de sorte que tal procedimento somente seja admitido quando o direito se tornar líquido e certo.”

Na tramitação do Projeto de Lei, houve proposta pelo Plenário da Câmara dos Deputados de supressão do art. 170-A, sob a seguinte justificativa: “O artigo 170-A é anti-isonômico. Um contribuinte que tenha pago um tributo que entenda indevido – pressuposto lógico da compensação – poderá fazer a compensação. Seu vizinho, que resolva ingressar em juízo para doravante deixar de pagar esse mesmo tributo e ver reconhecida a injuridicidade da cobrança, do mesmíssimo tributo, não poderá fazer a compensação. O discrimen, ‘questionar em juízo’, é desarrazoado para servir de limitação de direitos.” Essa proposta não foi aprovada pela Comissão de Finanças e Tributação sob a justificativa: “O dispositivo deve ser aprovado, a fim de se evitar situações em que o contribuinte, beneficiado por decisão liminar ou de primeira instância, se autocompensa de débitos e créditos tributários ainda pendentes de decisão judicial definitiva. Em consequência, fica rejeitada a emenda de n. 14 supressiva desse dispositivo do Projeto.”

condicionar a compensação tributária ao trânsito em julgado da ação judicial, a Lei Complementar impediu a efetividade imediata da tutela jurisdicional em proteção do contribuinte, em favor da certeza sobre a devolução do indébito e da possibilidade de o ente tributante retardar a sua realização.

Diante desse cenário, que opõe a efetividade judiciária na proteção do particular e a pretensão de desembolso do Estado somente mediante decisão irreformável, é possível a verificação de um “caminho intermediário”, que não permitiria decisões judiciais para a compensação com fundamento em teses de resultado jurisprudencial imprevisível, mas que, por outro lado, não garantiria ao Estado Executivo a possibilidade de manutenção do recolhimento indevido em seus cofres por tanto tempo.

Para buscar um “caminho intermediário” para a interpretação do art. 170-A do CTN, faremos a avaliação sobre as implicações do funcionamento do sistema constitucional judiciário e dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade, da efetividade da tutela e da eficiência e moralidade na atuação pública sobre o dispositivo.

O objetivo, com a avaliação proposta, é sustentar a inconstitucionalidade do retardo da eficácia das decisões judiciais em casos em que o sistema judiciário já tenha se manifestado sobre o conteúdo da norma jurídica vigente, por meio de manifestação dos órgãos que tenham por função da estabilização de divergências sobre o conteúdo do direito positivo.

Passemos, então, à avaliação dos efeitos do funcionamento constitucional do sistema judiciário brasileiro sobre o art. 170-A do Código Tributário Nacional.

4.2 A relação entre o dever de observação de precedentes e a restrição de compensação tributária

Considerando a restrição que o art. 170-A do Código Tributário Nacional impõe à imediata eficácia da tutela jurisdicional, proibindo o exercício da compensação do indébito

O dossiê completo da tramitação do Projeto de Lei está disponível no *site* da Câmara dos Deputados (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3084B43DF94DF62A5EE4161365C5003E.proposicoesWebExterno1?codteor=1233038&filename=Dossie+-PLP+77/1999, consultado em 04/01/2018).

tributário antes do trânsito em julgado da decisão que o declara, apresentaremos, nas próximas linhas, aqueles que reputamos serem os pontos de relação entre as normas constitucionais de funcionamento judiciário e o conteúdo do dispositivo em questão.

Para essa tarefa, consideraremos o ambiente de medidas judiciais ajuizadas por contribuintes, que contenham pedidos de declaração do direito à compensação tributária decorrente do reconhecimento da inexistência de relação jurídica que determine a incidência do tributo, casos em que, sustentando a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da incidência tributária, o contribuinte pretende a restituição do tributo indevidamente recolhido.

É importante esclarecer, sobre esse tipo de pedido de tutela, que as inconstitucionalidades ou ilegalidades em direito tributário, decorrentes de vícios de produção normativa ou de vícios de subsunção de fatos a normas, atingem um contingente enorme de sujeitos, contribuintes do tributo em que o vício tenha se manifestado. Os danos decorrentes da má conduta estatal, em direito tributário, por regra, são individuais homogêneos²⁴² e, por essa razão, geram perante o Poder Judiciário um número considerável de medidas judiciais.

Mais que gerar um grande número de ações ajuizadas, sobrecarregando o *sistema* judiciário, é notória a conduta estatal de dificultar a restituição de valores indevidamente recolhidos aos cofres públicos, de maneira que, embora um enorme número de contribuintes ajuíze medidas individuais perante o Poder Judiciário, um número maior ainda, especialmente de pequenos contribuintes, se mantém sujeito à indevida tributação por não possuir força econômica para o ajuizamento de uma medida judicial.

Considerando que os contribuintes que ajuízam medidas judiciais gastarão, muito comumente, ao menos uma década para recuperar o tributo indevidamente recolhido (aguardando o trânsito em julgado)²⁴³, sobrecarregando o Poder Judiciário, e os contribuintes que não ajuízam medidas judiciais não recuperam o tributo indevidamente pago,

²⁴² Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 885) reconhece esse fato e aponta a possibilidade de tratamento de questões de direito tributário por via de tutela coletiva: “Certamente, nem todas as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos trarão a mesma dificuldade. Pense-se num pedido de restituição de um tributo inconstitucional a uma categoria de contribuintes, ou de devolução de mensalidades escolares pagas em acesso, ou ainda de pagamento de uma diferença devida pela Previdência Social ou por bancos na aplicação de índices de correção monetária. Nesses casos, e em muitos outros, o reconhecimento do dano geral será extremamente útil e adequado para liquidações que demandarão prova bastante simples.”

²⁴³ Conforme exposto no item 1.4.1.4, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 45), a Justiça Federal demora, em média, 19 anos e dois meses para finalizar uma medida judicial, tempo entre o ajuizamento da ação de conhecimento e a finalização da execução.

aparentemente, exigir tributo indevidamente é uma conduta que, no Brasil, é de grande interesse para o Estado²⁴⁴.

Assim, a prática deliberada de ilegalidades pode ser de grande vantagem para o Estado, pois o sistema de proteção do contribuinte oferece baixa efetividade jurisdicional, decorrentes da impossibilidade de compensações antes do trânsito em julgado, da mora no pagamento de precatórios e da inexistência de meios eficientes de prolação de tutelas coletivas para matérias tributárias.

É essa relação processual entre Estado e contribuinte, em matéria tributária, que informará a nossa avaliação do teor do art. 170-A do CTN, que estará focada na possibilidade de o Poder Judiciário, à luz dos fundamentos constitucionais que informam a sua atuação, promover melhor interpretação da demanda de trânsito em julgado para a efetividade da decisão sobre a compensação tributária. Ainda, buscaremos demonstrar a aplicabilidade das nossas conclusões sobre a interpretação do dispositivo.

Como relacionar, diante disso, o teor do art. 170-A do CTN com as questões constitucionais ora analisadas? Passemos ao ponto.

O trânsito em julgado representa a máxima preclusão processual, ou seja, a impossibilidade de interposição de recursos ordinários ou extraordinários ou de remessa necessária contra a decisão proferida (NERY JR., 2009, p. 52). Qualifica-se, nesse sentido, a coisa julgada formal, decorrente da inexistência de recursos possíveis contra a decisão no ambiente de um processo específico (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 306).

Mas, além do viés formal (impossibilidade de recurso), a certificação de trânsito em julgado marca a formação da coisa julgada material, que torna imutável o conteúdo da decisão proferida (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 306), o que também é definido pelo art. 502 do Código de Processo Civil²⁴⁵.

O trânsito em julgado, portanto, é o que marca a solução definitiva da controvérsia travada em uma medida judicial. É o que constitui o título executivo judicial capaz de

²⁴⁴ Para mencionar um caso objetivo de má-fé em direito tributário, no dia 15 de setembro de 2011, foi publicado o Decreto n. 7.567, determinando a majoração imediata de alíquotas do IPI, sem observância do princípio da anterioridade nonagesimal, à qual o tributo está sujeito, questão que, de tão elementar, permite afirmar a má-fé do Chefe do Executivo. Sem que seja possível calcular o grande número de medidas judiciais que foram ajuizadas naquele momento, houve, também, medida cautelar deferida em sede de ADIn pelo Supremo Tribunal Federal, determinando que o Decreto tivesse eficácia somente depois de decorridos 90 dias da sua publicação (STF, ADI 4.661 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, decisão unânime, julgado em 20/10/2011, publ. 22/03/2012.).

²⁴⁵ “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

aparelhar uma execução definitiva das obrigações determinadas pela decisão (art. 513 e seguintes do CPC/2015).

Embora a execução definitiva, de fato, seja levada a efeito somente com a formação da coisa julgada material, durante o processamento da medida judicial são proferidas decisões que, embora impugnadas por recursos, possam estar aptas à produção de efeitos caso uma nova decisão ou a lei processual não imponha o efeito suspensivo ao recurso que a impugna.

Essas decisões, objeto de recurso sem efeito suspensivo, embora não acobertadas pelos efeitos da coisa julgada material, podem, também, ser objeto de execução, mas provisória, ao invés de definitiva, qualificada pela possibilidade de reversão dos seus efeitos em caso de reforma da decisão executada e recorrida.

Assim como a definitiva, a execução provisória se qualifica pela sua disponibilidade pelo exequente, cabendo ao titular do direito a decisão e a iniciativa de impulsionar a prática de atos para o cumprimento da decisão recorrida, sob a obrigação de reparar os danos decorrentes da execução provisória em caso de reforma da decisão²⁴⁶.

Executar provisoriamente, portanto, é uma opção do sujeito ativo da obrigação contida na decisão judicial recorrida, mantida a sua obrigação de reparação dos danos sofridos pelo executado em caso de reforma do título executado.

De fato, considerando o longo prazo de tramitação de um processo perante o Poder Judiciário brasileiro até a obtenção do trânsito em julgado, a execução provisória tem o importante efeito de minimizar os danos causados decurso do tempo contra aquele que seja titular de direito judicialmente reconhecido. Entrega, além disso, efetividade à tutela jurisdicional, na medida em que permite o exercício do direito por ela reconhecido, ainda que, evidentemente, o seu conteúdo esteja sujeito a reforma.

A possibilidade de executar a decisão judicial significa fazer serem aplicados os seus efeitos, o que deve ser visto com naturalidade à luz da demanda por efetividade da tutela jurisdicional, a ser prestada com a maior eficiência possível, fazendo valer o exercício da função daquele magistrado que a profere. Pensar diferente seria reconhecer que, realmente,

²⁴⁶ Nesse sentido, o CPC/2015: “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; [...]”

a tramitação de um processo por diferentes instâncias significa apenas uma despropositada e longa espera pelo trânsito em julgado.

É, justamente, sobre a possibilidade de execução provisória da decisão judicial que o art. 170-A do CTN se volta, incidindo sobre a hipótese de, deferindo pedido do contribuinte, ser proferida decisão judicial que declara o direito vigente e, conseqüentemente, autoriza a compensação tributária, contra a qual não deferido efeito suspensivo com a interposição de recurso.

Se inexistente o art. 170-A, proferida a decisão em questão, ao contribuinte seria possível a operacionalização da compensação do indébito tributário, na forma em que autorizado pelo Poder Judiciário. A partir da inserção do dispositivo no direito pela Lei Complementar n. 104/2001, ainda que obtida tutela para a compensação, o contribuinte passou a ser impedido do seu uso. Mais que isso, tendo sido bem recebido pelo Judiciário, as próprias decisões passaram a condicionar a realização da compensação ao trânsito em julgado da ação²⁴⁷.

Portanto, executar, ou tornar eficaz, a tutela jurisdicional que defere a compensação tributária foi vedado a partir da edição da Lei Complementar n. 104/2001. Vedação que, parece-nos, pode ser explicada sob dois fundamentos.

Pelo *primeiro* fundamento, a inserção do dispositivo era importante para a segurança do erário, na medida em que qualquer decisão judicial, ainda que absolutamente inovadora, poderia aparelhar uma compensação de valores vultosos que poderiam ser irrecuperáveis para a fazenda pública em caso de reforma da decisão, considerando a possibilidade de inexistência de patrimônio do contribuinte para a “devolução” dos valores compensados com base em decisão reformada. O dispositivo determinaria o dever de devolução pelo Estado somente mediante a certeza de existência do indébito.

²⁴⁷ Devemos mencionar que ainda antes da edição da Lei Complementar n. 104/2001 discutia-se a possibilidade de deferimento de medidas liminares que determinassem a compensação tributária, o que resultou na edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula n. 212, nos seguintes termos: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória” (redação de 11/05/2005). Os precedentes que fundamentaram a edição da súmula tratavam da impossibilidade de, em medida liminar, cautelar ou antecipatória, ser verificada a liquidez do crédito e de esse tipo de medida se revestir de natureza *satisfativa* (p. ex., STJ, REsp 142.141/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, publ. 02/02/1998). Ainda que com a existência da súmula, os argumentos apresentados neste capítulo são aplicáveis. Isso porque estamos avaliando a tutela tipicamente declaratória, que afirma a inexistência de relação jurídica tributária, autorizando a compensação do indébito, de maneira que a demonstração da sua liquidez deverá ser realizada de acordo com procedimentos administrativos específicos, entre Estado e contribuinte. Ainda, no que se refere à satisfatividade da medida, parece-nos que os argumentos pela efetividade da tutela jurisdicional são suficientes para, havendo a certeza sobre o direito, não submeter o contribuinte à longa e danosa espera pelo trânsito em julgado da ação judicial.

Já o *segundo* dos fundamentos possíveis para o art. 170-A do CTN, entendemos, poderia estar ligado à pura e simples moratória da fazenda pública no cumprimento do seu dever de restituição dos valores indevidamente recolhidos pelo contribuinte. Sob essa lógica, conteúdo do dispositivo teria o efeito, apenas, de impor o retardo do cumprimento de uma obrigação legal pelo Estado.

Obviamente, nos voltaremos para a primeira das hipóteses, desconsiderando que o art. 170-A do CTN possa representar a imoral afirmação e validação da ilegal exigência tributária pelo Estado.

É, destarte, considerando o art. 170-A do CTN um instrumento de proteção do erário que apresentaremos as nossas considerações sobre a sua relação com o funcionamento constitucional do Poder Judiciário, de maneira a verificar eventuais limites para essa restrição de efetividade da tutela jurisdicional.

Para isso, investigaremos, à luz das normas constitucionais para o funcionamento judiciário, se a ineficácia de toda e qualquer decisão que declare o direito à compensação é a resposta constitucionalmente adequada para a possibilidade de exposição da fazenda pública ao risco decorrente da reforma dessas decisões²⁴⁸. Passemos ao caso concreto.

A relação jurídico-tributária, caracterizada por ter o *tributo* – uma prestação pecuniária, compulsória e decorrente de ato lícito – como o seu objeto, a ser prestado, em regra, pelo particular em favor do Estado, que está vinculado em sua cobrança, naturalmente, é causa de tensão entre as partes (particular/Estado) envolvidas nessa relação jurídica.

Isso porque é normal que o contribuinte, no afã de proteger o seu patrimônio, pretenda a redução da carga de tributo incidente sobre a sua riqueza. Já o Estado brasileiro, crescente em sua necessidade financeira, tende a medidas voltadas para a majoração da sua arrecadação.

Essa tensão natural será concretizada em diferentes momentos relacionados à incidência do tributo. Por exemplo, nas discussões para exercício da competência tributária,

²⁴⁸ Merece menção a posição de Cassio Scarpinella Bueno (2009, p. 245), que, de plano, afasta a constitucionalidade de normas infraconstitucionais que afetem a efetividade da tutela jurisdicional, como o art. 170-A do CTN. São as suas palavras: “Essa opção de vedar, pura e simplesmente, determinada eficácia de ato jurisdicional (seja antes ou depois do desfecho da ação em primeiro ou em segundo grau de jurisdição), do ponto de vista exclusivamente teórico, desconsideradas as particularidades dos diversos ordenamentos jurídicos, até pode ser correta e válida. Pode, em tese, até ser uma questão que se põe, única e exclusivamente, ao critério do legislador. Não o é, entretanto – e não me canso de afirmar –, uma opção válida no ordenamento jurídico brasileiro, em função da amplitude do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, sobretudo quando ele é interpretado em contexto de *efetividade* processual, que clama por e legitima realizações materiais e fáticas mesmo antes do proferimento da decisão de mérito.”

para a criação, majoração ou redução de tributos, na interpretação da legislação tributária, para avaliação da sua constitucionalidade ou da incidência do tributo, nos lícitos atos de planejamento tributário, nos ilícitos atos de evasão tributária, nas discussões sobre legalidade da exigência no processo administrativo fiscal ou em processos judiciais, inclusive na execução fiscal.

Há, portanto, um grande número de debates possíveis a serem travados entre contribuinte e Estado consubstanciando a tensão de proteção da propriedade pelo particular e de majoração de arrecadação em favor do erário.

Dentre as tensões possíveis, consideraremos aquelas que tenham por objeto as divergências sobre a interpretação e aplicação de normas constitucionais e legais, capazes de, a depender do resultado do processo interpretativo, não permitir a incidência tributária. Veja-se que são inúmeras as possibilidades de casos como esses, que podem envolver uma disputa pelo significado de uma única palavra contida na Constituição Federal (*faturamento*, por exemplo), a finalidade de instrumentos constitucionais (*funções da lei complementar em direito tributário*, por exemplo), conflitos de competência (limites entre a incidência do IPI, ICMS e ISS, por exemplo), entre inúmeras outras questões de natureza constitucional, cujo resultado do processo interpretativo pode resultar na não incidência do tributo. O mesmo problema é identificado no que se refere às normas infraconstitucionais que podem ter divergências sobre conceitos (*insumo*, por exemplo), sobre subsunção (contribuição previdenciária sobre *férias*, por exemplo) e até sobre conflitos entre vigências legais (*crédito-prêmio de IPI*, por exemplo).

Todas essas, e indetermináveis outras hipóteses de conflitos, têm em comum a sua origem na interpretação do direito positivo vigente, seja constitucional ou infraconstitucional. Lembramos, diante desse contexto, que o *sentido* (significação) do direito é encontrado somente após a interpretação do texto positivado. A norma jurídica, que é a estrutura lógica capaz de fazer o direito incidir, é encontrada mediante labor do intérprete/aplicador, que, considerando os textos legais, deverá construir a sua significação traduzida em uma estrutura lógica formada por antecedente, que comporta a descrição de uma hipótese, e um conseqüente, que comporta uma relação jurídica obrigacional, a ser instaurada com a verificação da ocorrência do fato descrito no antecedente.

Assim, o texto legislado é o ponto de partida para a identificação da norma jurídica, e não o ponto de chegada. O caminho, entre o texto e a norma, por sua vez, será percorrido no processo de interpretação, necessariamente promovido por um ser humano, cientista ou aplicador do direito.

Já a interpretação, sendo realizada por uma pessoa, comporta em si algum grau de subjetividade, de maneira que o seu resultado (norma jurídica) poderá ser diferente, caso realizado por diferentes intérpretes.

Considerando, diante desse contexto, que tanto os contribuintes quanto o Estado Executivo devem promover a interpretação dos textos constitucionais e legais de direito tributário para a identificação da norma jurídica vigente que determine, ou não, a incidência do tributo no caso concreto, é comum que divergências surjam.

O ambiente de divergência interpretativa, por sua vez, coloca o Poder Judiciário em posição central para a determinação do conteúdo da norma jurídica vigente, na medida em que as controvérsias entre contribuinte e fisco serão levadas ao seu conhecimento para julgamento.

Agregando-se a isso a natureza de direito individual homogêneo do direito tributário, é tendência que uma mesma controvérsia jurídica atinja um grande número de contribuintes, de maneira que, mediante a solução de casos concretos, o Poder Judiciário esclarecerá as condições da incidência tributária para os contribuintes sujeitos à norma jurídica em discussão.

É inserido nesse contexto que o Judiciário assumirá tarefa essencial para a garantia do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade, exercendo a sua função da forma mais efetiva, célere, eficiente e moral possível. É nesse sentido que ganham relevância todas as considerações já apresentadas neste trabalho, especialmente no item 3.4, em que foi apontada a importância que a doutrina do *stare decisis* terá para que a prestação jurisdicional seja promovida de acordo com esses princípios constitucionais.

Considerado isto, parece-nos ser possível a demonstração dessa relação entre o art. 170-A do CTN e uma prestação jurisdicional que atenda aos princípios constitucionais sobre os quais temos falado. Vejamos.

A Lei n. 9.718/1998, em seus arts. 2º e 3º²⁴⁹, estabeleceu a *receita bruta* da pessoa jurídica como a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, em despeito da

²⁴⁹ “Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. [...]”

base autorizada pelo art. 195, I, da Constituição Federal, que era o *faturamento*²⁵⁰. Por considerar ter havido um inconstitucional *alargamento da base de cálculo* das contribuições, a lei foi submetida à apreciação do Poder Judiciário por um grande contingente de contribuintes brasileiros.

Em 2005, o assunto chegou à análise do Pleno do Supremo Tribunal Federal²⁵¹, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da equiparação da *receita bruta ao faturamento*, cujo conceito compreende apenas a receita decorrente da venda de serviços e mercadorias e não a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica.

No ano de 2009 a questão foi novamente analisada pelo mesmo órgão de julgamento do Supremo Tribunal Federal, mas, desta vez, com declaração de repercussão geral da matéria, nos termos do art. 543-A do CPC/1973. O julgamento também foi resolvido por maioria de votos, tendo sido mantido o posicionamento da Corte, conforme demonstrado pela sua ementa:

PIS E COFINS – LEI N. 9.718/98 – ENQUADRAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO PRIMITIVA. Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO – A sinonímia dos vocábulos – Ação Declaratória n. 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves – conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida – Recurso Extraordinário n. 357.950-9/RS, Pleno, de minha relatoria²⁵².

A contribuição para o PIS e a COFINS são tributos que atingem, por regra, todas as pessoas jurídicas que exerçam atividade comercial, de maneira que a inconstitucional delimitação da sua base de cálculo configurou irregularidade que afetou um grande contingente de contribuintes, que, especialmente após o julgado de 2005, ajuizaram medidas judiciais individuais pedindo pelo ajuste da base de cálculo para fatos imponíveis futuros e

²⁵⁰ No momento da promulgação da Lei n. 9.718/1998, vigia a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, que outorgava competência para a criação de contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social sobre a folha de salários, faturamento e lucro do empregador. Posteriormente à entrada em vigor da Lei n. 9.718/1999, foi editada a Emenda Constitucional n. 20/1999, alterando a competência da União para que as contribuições pudessem ser instituídas, também, sobre a receita.

²⁵¹ “[...] CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI N. 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.” (RE 357.950 / RS, Rel. Min. Marco Aurélio decisão por maioria, julgado em 09/11/2005, publ. 15/08/2006)

²⁵² RE 527.602/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão por maioria, julgado em 05/08/2009, publ. 12/11/2009.

pela restituição dos recolhimentos indevidos, pedido este que poderia ter sido feito a título de declaração do direito à compensação do indébito.

Veja-se que já no julgado de 2005 o Poder Judiciário se manifestou pelo seu órgão máximo competente para a solução de controvérsia de natureza constitucional, resolvendo, portanto, juridicamente, a questão. O direito vigente, naquele momento, restou determinado, o que foi confirmado no julgamento de 2009.

Com a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que é Corte de vértice e exerce função nomofilática, a posição do Poder Judiciário sobre a controvérsia jurídica foi uniformizada, de modo que todas as medidas judiciais que tivessem essa como a sua questão de mérito passaram a merecer a mesma solução.

Trata-se da aplicação da teoria que temos apresentado neste estudo. A estruturação sistemática constitucional do Poder Judiciário e os princípios constitucionais que permitem a aplicação do *stare decisis* no ambiente brasileiro determinam que as instâncias ordinárias de julgamento adiram ao posicionamento manifestado pela Corte Suprema.

Ocorre, contudo, que mesmo que as instâncias ordinárias aderissem integralmente à posição manifestada pelo STF já após o julgado de 2005, a vedação de compensação antes do trânsito em julgado (art. 170-A do CTN) impediria a efetividade imediata das decisões proferidas, ainda que com o direito vigente determinado. Em decorrência disso, continuaria interessante à União Federal a interposição de recursos em ações que tratassem do tema, atrasando, no máximo possível, o seu desembolso de caixa e tornando o funcionamento judiciário menos eficiente, já que obrigado a julgar recursos protelatórios; por fim, estabeleceria tratamento desigual entre contribuintes, já que teria a compensação antes aquele contribuinte que tivesse a *sorte* de obter o trânsito em julgado da sua ação em menos tempo.

Veja-se, por exemplo, que mesmo com o julgado do Supremo Tribunal Federal de 2005, a empresa *Usina São José S/A* obteve o trânsito em julgado – e a correspondente efetividade da tutela que declarou o seu direito à compensação – somente em 2018, 13 anos depois da determinação da norma jurídica vigente pela Corte Suprema e 17 anos depois do ajuizamento da medida (2001)²⁵³. Diferente, contudo, foi a sorte de *Unialco S/A Alcool e*

²⁵³ Medida ajuizada perante a Justiça Federal de São Paulo, distribuída perante o TRF da 3ª Região em 2006 (Ap 0024720-11.2001.4.03.6100), com decisão monocrática terminativa proferida em maio de 2018, com o seguinte dispositivo: “Ante o exposto, nos termos do art. 557 do CPC/1973, dou parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer o seu direito ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem o alargamento

Açúcar, que em 2004 ajuizou medida com mesmo pedido de declaração do direito à compensação, deferido pelo Poder Judiciário em decisão transitada em julgado no ano de 2008²⁵⁴.

A comparação das situações jurídicas desses dois contribuintes, que exercem a mesma atividade social, que ajuizaram as suas ações em momentos próximos perante uma mesma Seção da Justiça Federal, mas que puderam gozar das decisões que lhes eram favoráveis com 10 anos de diferença, demonstra com clareza a infração que o art. 170-A do CTN impõe às garantias constitucionais de igualdade e de efetividade da tutela jurisdicional.

Após a *uniformização* do direito pela Corte Suprema, o sistema judiciário deve aderir à solução encontrada, aplicando-a em suas decisões, em prestígio do Estado de direito, da segurança jurídica e da função constitucional da Corte Suprema. Essa adesão, contudo, não tem o efeito automático de tornar a prestação jurisdicional efetiva, eficiente e isonômica, considerada a existência do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

O exemplo acima dá conta de que, ainda que o sistema judiciário adira às manifestações das Cortes Supremas, a suspensão da eficácia da decisão imposta pelo art. 170-A do CTN insere contribuintes a uma injustificada situação de desigualdade, na medida em que submete cada um deles ao acaso da celeridade da tramitação do seu processo e do número de recursos que a procuradoria pública escolherá interpor em concreto em cada processo.

Parece-nos inexistir um critério de *discrímen* apto a justificar a diferença de tratamento consubstanciada no espaço de 10 anos entre a prestação jurisdicional *efetiva* para a *Usina São José S/A*, da prestação efetiva para a *Unialco S/A Álcool e Açúcar*. Isso fica ainda mais claro ao verificarmos que a ação da *Usina São José* foi ajuizada três anos antes da ação da *Unialco*.

da base de cálculo, previsto no § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/98, bem como seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição segundo a tese dos ‘cinco mais cinco’ e o disposto no art. 170-A do CTN, nos termos da fundamentação. Fixada a sucumbência recíproca.” Em agosto houve a certificação do trânsito em julgado ocorrido em 03/07/2018.

²⁵⁴ Medida ajuizada perante a Justiça Federal de São Paulo, distribuída perante o TRF da 3ª Região em 2007 (AMS 0007608-24.2004.4.03.6100). O acórdão que julgou os recursos interpostos foi publicado em 14/11/2007, havendo certificação de que o trânsito em julgado ocorreu em 20/10/2008. É excerto da ementa do julgado: “TRIBUTÁRIO. COFINS. LEIS 9.718/98 E 10.833/03. COMPENSAÇÃO. 1. A matéria posta em discussão já mereceu apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS, nos quais foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. [...] 7. Apelação e remessa oficial providas em parte.”

Ainda, então, que ao final da medida judicial o direito vigente aplicado seja o mesmo, o fluxo temporal tem o nefasto efeito de desigualar contribuintes que se encontrem em igual situação²⁵⁵.

Um tanto diferente seria discutir o caso desses dois contribuintes se o trânsito em julgado não tivesse a capacidade jurídica de condicionar a aplicação do direito ao caso concreto. Se aos dois contribuintes tivesse sido deferida a realização da compensação logo após o julgamento do RE 357.950 pelo STF, não estaríamos diante dessa desigual situação.

Caso a compensação tributária, diante da manifestação da Corte Suprema, tivesse sido deferida após a fixação do direito vigente, parece-nos que mais do que a aplicação do direito isonômica entre esses dois contribuintes, estaríamos diante da efetiva prestação jurisdicional, aquela que gera efeitos no mundo real, reparando ilegalidades com a maior celeridade possível.

Depois do julgamento, em 2005, pelo STF, a controvérsia sobre o direito restou juridicamente definida, considerando a função da Corte Suprema perante o sistema judiciário. Ao definir, portanto, a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 9.718/1998, qualificou-se a certeza sobre o recolhimento indevido do contribuinte, de maneira que suprimir a capacidade de eficácia da decisão judicial significa admitir a manutenção injustificada da ilegal exigência tributária, já que se sabe ser indevido o recolhimento, mas se condiciona a possibilidade da sua compensação ao aleatório momento do trânsito em julgado da medida judicial.

Aplicar um mesmo direito (uniformizado pela Corte Suprema) a um só tempo não consertaria somente a situação entre *São José S/A* e *Unialco S/A*, mas teria o efeito de

²⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 15-18) explica a imbricação entre o tempo processual e a reparação de direitos: “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflitos, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.

De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão. [...]

Poucos se dão conta, porém, que em regra o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*. Esta percepção, até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva. [...]

Em um ‘processo condenatório’, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por conseguinte, maior o benefício conferido ao réu. [...]

O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.”

permitir a reparação dessa mesma ilegalidade sofrida por todos os contribuintes do PIS/COFINS em um mesmo tempo (ou em um momento próximo no tempo), tornando a tutela jurisdicional efetiva e isonômica. Em decorrência natural dessa efetividade, o Estado encontraria pouco incentivo à prática recursal, já que com ela não obstaría, automaticamente, o gozo de um direito.

Com o posicionamento da Corte Suprema sobre o conteúdo do direito positivo vigente (função de *uniformização*) nasce a dificuldade de justificar a constitucionalidade da aplicação do art. 170-A do CTN, enquanto instrumento de restrição de eficácia da tutela jurisdicional. Isso porque, a partir da manifestação dessa Corte, com a uniformização do conteúdo do direito, o art. 170-A do CTN deixa de representar uma proteção do erário para se tornar instrumento cuja única utilidade é retardar a eficácia da prestação jurisdicional efetiva. Veja-se que, não havendo dúvida sobre o conteúdo do direito (decorrência da manifestação da Corte Suprema), a espera pelo trânsito em julgado representa, apenas, o atraso na reparação de uma ilegalidade.

A questão ganha ainda mais importância com a verificação de que a tributação indevida representa um dano coletivo, daqueles individuais homogêneos, sendo que o grande número de contribuintes que se sujeitam à mesma situação jurídica impõe a existência de uma grande quantidade de medidas judiciais com mesmo pedido. Disso decorre o fato de que, por regra, após a manifestação da Corte Suprema pela não incidência do tributo, condicionar a efetividade da tutela ao trânsito em julgado significa negar a imediata aplicação do direito vigente, submetendo contribuintes a tratamento não isonômico e o Poder Judiciário a uma carga de trabalho (para julgamento de recursos) desnecessária.

O caso acima exposto é útil para essa demonstração e não representa exceção à realidade do contencioso tributário brasileiro. A cada novo posicionamento das Cortes Supremas, a obstrução da efetividade pela mera tramitação processual gera problemas decorrentes da aplicação do direito no tempo, impedindo o exercício de compensações autorizadas por decisões judiciais²⁵⁶.

²⁵⁶ Para demonstrar a existência do problema, também, em âmbito de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, apontamos que desde 2004 aquela Corte possui jurisprudência no sentido da não incidência do PIS/COFINS sobre atos cooperativos típicos, sob o fundamento de continuar vigente o art. 79 da Lei n. 5.764/1971 (STJ, REsp 523.554/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, maioria, publ. 25/02/2004; STJ, AgRg no REsp 526.304/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, maioria, publ. 31/05/2004), entendimento confirmado em sede de recurso representativo de controvérsia em 2016 (STJ, REsp 1.141.667/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, publ. 04/05/2016). Fixado o posicionamento da Corte, portanto, há quase 15 anos, ainda há processos obtendo, recentemente, o trânsito em

É por reconhecer que as manifestações das Cortes Supremas gozam de importância para a atuação sistemática do Poder Judiciário e que a indistinta aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional pode desprestigiar as garantias de tratamento entre contribuintes, de efetividade da tutela jurisdicional e de eficiência da atuação judiciária, que entendemos necessário sustentar a inconstitucionalidade parcial da aplicação do dispositivo.

4.3 A inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A em assuntos já avaliados pelas Cortes Supremas

4.3.1 Aspectos gerais para a avaliação da constitucionalidade

Tendo sido reconhecido que o art. 170-A do Código Tributário Nacional encerra uma ferramenta para a proteção da fazenda pública contra a incerteza sobre a norma jurídica vigente e que este é o mesmo objetivo da organização sistemática do Poder Judiciário, neste item apresentaremos a tese pela inconstitucionalidade da aplicação do dispositivo em medidas judiciais em que discuta assuntos cujo mérito já tenha sido objeto de manifestação das Cortes Supremas.

Esclarecemos que a avaliação da (in)constitucionalidade do dispositivo não se fundamentará em garantias materiais do contribuinte ligadas ao direito de eficiente restituição do recolhimento indevido, mas apenas na sua (art. 170-A) oposição com princípios e regras que ditam o modo de funcionamento do Poder Judiciário.

Trataremos, portanto, de argumentos relacionados à aplicação contenciosa do direito, de maneira a investigar se a retirada da eficácia de tutelas favoráveis à compensação tributária até que elas estejam acobertadas pela coisa julgada material é medida que se faz necessária para proteger a fazenda pública contra *equivocos* decorrentes da atuação judiciária.

julgado como condição para a compensação tributária (p. ex.: TRF1, AC 0035802-98.2007.4.01.9199, ajuizada em 2007, com acórdão publicado em 27/01/2017 e trânsito em julgado em julho de 2017; TRF2, AC 0017584-20.2002.4.02.0000, ajuizada em 2002, com acórdão prolatado em 06/02/2018, ainda sem trânsito em julgado).

Para a concretização dessa avaliação de constitucionalidade, nos pautaremos pelas lições de Humberto Ávila (2004b, *et al.*) sobre os conflitos entre normas jurídicas. Para o autor, as regras, como é o caso do art. 170-A do CTN, não devem ter a sua aplicabilidade avaliada exclusivamente à luz do critério “tudo ou nada”, sendo possível o juízo de validade a partir da especificidade de casos concretos, que poderiam limitar as condições concretas para a aplicação da regra. Ou seja, a mesma regra jurídica pode ser constitucional e inconstitucional, a depender do contexto de sua aplicação. O autor (ÁVILA, 2004b, p. 38-39) leciona:

[...] Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.

A partir da avaliação do fundamento da regra ou da sua imbricação com outras normas (regras ou princípios), o autor sustenta a possibilidade de que sejam verificados contextos em que a aplicação da regra deva ser afastada, seja por demanda do seu próprio fundamento de validade, seja por demanda de outras normas vigentes. A unidade do ordenamento jurídico, dessa forma, demanda o reconhecimento de situações em que a aplicação da regra deva ser excepcionada.

Ainda sobre a aplicabilidade das normas, o autor aponta a existência de postulados normativos, que são, em suas palavras (ÁVILA, 2004b, p. 88), “metanormas”, ou seja, aquelas que “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”, capazes de auxiliar o intérprete/aplicador do direito na solução de conflitos normativos, seja entre regras, entre princípios ou entre princípios e regras.

Dentre os postulados normativos específicos apresentados pelo autor (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade), apresentaremos o juízo sobre a constitucionalidade do art. 170-A do CTN à luz da *proporcionalidade* da sua aplicabilidade, o que depende da avaliação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade específica do dispositivo.

Segundo Ávila (2004b, p. 116), o juízo de *adequação* demanda a avaliação da relação entre a obrigação determinada pela norma jurídica e o fim por ela pretendido, de maneira que “o meio deve levar à realização do fim”. O teor da norma jurídica vigente será adequado,

portanto, se for apto a conduzir ao objetivo por ela pretendido. O segundo dos juízos necessários à avaliação da proporcionalidade é o da *necessidade* (ÁVILA, 2004b, p. 122), que impõe a verificação de meios alternativos para a consecução do objetivo da norma, de modo a permitir a determinação daquele meio que atenda ao fim almejado, mas com a menor restrição de direitos fundamentais. Nas palavras do autor (ÁVILA, 2004b, p. 123):

Em face das ponderações precedentes, fica claro que a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes. Na hipótese de normas gerais o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativo aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos. [...]

Trata-se, portanto, de uma avaliação de “efeitos colaterais” decorrentes da determinação normativa, aferindo se a sua aplicação impõe restrições a outras determinações constitucionais que não aquela que fundamenta a norma, e se há meios alternativos e menos gravosos para a concretização dos fins pretendidos.

Como último dos juízos inerentes à avaliação da proporcionalidade, o autor situa o de *proporcionalidade em sentido estrito* (ÁVILA, 2004b, p. 124), que deve significar um ajuste fino do juízo de necessidade, exigindo “a comparação entre a importância da realização do fim e intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.

A avaliação da proporcionalidade e dos três juízos a ela inerentes estipulados por Ávila correspondem à apresentação promovida por Canotilho (1995, p. 382), que trata a demanda pela proporcionalidade na concretização do direito a título do *princípio da proibição do excesso*, do qual, segundo o autor, também decorrem os juízos de adequação (conformidade), necessidade (exigibilidade) e de proporcionalidade em sentido estrito. Sobre tais juízos, Canotilho (1995, p. 383) destaca que o de necessidade decorre da “ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*”, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito estabelece que (CANOTILHO, 1995, p. 383-384):

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

As lições dos autores são concordes entre si e representam uma forma possível de estruturação de pensamento crítico voltado para a avaliação da relação entre normas jurídicas vigentes. O juízo de proporcionalidade, portanto, não representa um fim em si mesmo, mas

um dos caminhos para que o intérprete/aplicador do direito promova uma adequada construção da norma jurídica vigente²⁵⁷.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal reconhece a validade da aplicação do postulado da proporcionalidade, usando-o expressamente para a avaliação da constitucionalidade de normas, como o fez no julgamento da ADI 3.826²⁵⁸, do RE 870.947²⁵⁹ e da ADI 5.135²⁶⁰. Nesta última, os três juízos naturais à avaliação da proporcionalidade foram até destacados na ementa do julgado:

[...] 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. [...] (sublinhamos)

Observar a utilização pelo Supremo Tribunal Federal do postulado normativo da *proporcionalidade* tem o efeito de permitir o reconhecimento da validade do seu uso no processo de interpretação/aplicação do direito positivo, tornando claro que não se trata de instrumento interpretativo doutrinário, mas, também, de instrumento para a interpretação judiciária voltada para a aplicação do direito.

Então, considerando a premissa adotada neste trabalho, segundo a qual o direito não se interpreta em tiras (GRAU, 2017, p. 86), é comum a verificação de colisão entre o conteúdo de normas vigentes, sejam elas princípios ou regras, o que deve ser solucionado em favor da melhor interpretação do direito positivo. É nesse contexto que os postulados normativos são úteis, já são capazes de conduzir, à luz de uma racionalidade predeterminada, às conclusões que a aplicação sistemática do ordenamento jurídico demanda.

²⁵⁷ Nesse sentido Eros Grau (2017, p. 135) afirma que: “Uma e outra, *proporcionalidade* e *razoabilidade*, são *pautas de aplicação* do direito. A doutrina e a jurisprudência, porém, as tomam como se princípios fosse, deles alguns se servindo para ousar corrigir o legislador.”

²⁵⁸ STF, ADI 3.826, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, decisão por maioria, publ. 20/08/2010.

²⁵⁹ STF, RE 870.947, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, decisão por maioria, publ. 20/11/2017.

²⁶⁰ STF, ADI 5.135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, decisão por maioria, publ. 07/02/2018.

Estabelecidas as premissas sobre as quais avaliaremos a constitucionalidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional, voltemo-nos à sua realização.

4.3.2 A delimitação do contexto de avaliação da constitucionalidade do art. 170-A: assuntos julgados pelas Cortes Supremas

Considerando a premissa estabelecida de que a avaliação da aplicabilidade das regras não se limita ao juízo de “tudo ou nada”, a primeira das nossas tarefas será a delimitação do contexto em que avaliaremos a constitucionalidade do art. 170-A do CTN, já que, conforme dissemos, não sustentaremos a sua integral inaplicabilidade.

Conforme apresentado acima, o art. 170-A, inserido no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar n. 104/2001, tem como objetivo a proteção da fazenda pública contra decisões judiciais que possam embasar a devolução de vultosos valores ao contribuinte por via da compensação, submetendo o Estado à difícil recuperação de tais valores em caso de reforma dessa decisão.

Ao condicionar a execução da compensação judicialmente autorizada ao trânsito em julgado da ação, a lei reduziu drasticamente a possibilidade de a fazenda pública sofrer com execuções de decisões posteriormente reformadas, uma vez que, após acobertada pela coisa julgada, eventual pedido de anulação da decisão, por regra, deverá ser processado pela restrita via da ação rescisória.

Há, de fato, a veiculação de critério de segurança, com a finalidade de proteger os cofres públicos contra dispêndios indevidos de difícil recuperação.

Um passo a mais na avaliação da causa que fundamenta a existência do art. 170-A do CTN conduz à conclusão de que o dispositivo encerra proteção contra a indeterminabilidade do resultado da ação judicial, uma vez que, embora proferida a tutela jurisdicional em um determinado sentido, o resultado definitivo do processo será conhecido apenas com a decisão judicial que estiver acobertada pelos efeitos da coisa julgada material.

A incerteza sobre o conteúdo da norma jurídica tributária vigente, portanto, é o que impõe a restrição de eficácia da tutela que determina a compensação tributária. Por “desconhecer” o direito vigente, a Lei Complementar n. 104/2001 esvaziou a possibilidade de compensação de tributos judicialmente determinada até que a norma jurídica fosse

estabelecida em concreto e inalteravelmente para o contribuinte que pretende a compensação tributária.

Trata-se, assim, de dúvida sobre o conteúdo do direito positivo. Em muitos casos, evidentemente, essa dúvida sobre a norma jurídica vigente tem fundamento na novidade do assunto perante o Poder Judiciário ou na inexistência de posicionamentos das Cortes Supremas sobre o caso concreto. Há, contudo, casos outros em que há manifestações sistemáticas judiciárias determinando o sentido do direito vigente, o que ocorre pelo posicionamento das Cortes Supremas, em exercício da sua função nomofilática.

Assim, o contexto em que a (in)constitucionalidade do art. 170-A do CTN será avaliada é aquele em que o pedido judicial do contribuinte para a compensação tributária alinha-se, em seu mérito, a posicionamento manifestado pelas Cortes Supremas.

Ponderaremos, destarte, se o art. 170-A do CTN é aplicável para obstar a eficácia de decisão que determine a compensação de tributo cuja não incidência já fora objeto de reconhecimento pelas Cortes Supremas.

Vale registrar que o caso concreto exposto no item 4.2 justifica a necessidade de uma melhor análise da restrição imposta pelo art. 170-A à efetividade da tutela jurisdicional que declara o direito à compensação tributária. O dispositivo, além de retardar a aplicação do direito vigente, submete contribuintes a situação de larga desigualdade, baseada no tempo de tramitação de cada medida judicial em específico.

Ainda seguindo o caso exposto, esclarecemos que a nossa ponderação não estará limitada a provimentos das Cortes Supremas com efeitos vinculantes decorrentes de lei (decisões em controle concentrado, súmula vinculante, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência), mas de *qualquer* manifestação de órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Com a delimitação do contexto da análise, estamos fazendo valer a premissa que adotamos com fundamento nas lições de Humberto Ávila, segundo o qual a aplicabilidade das regras não depende de um juízo de validade total (“tudo ou nada”), sendo possível a sua avaliação de acordo com contextos específicos que envolvam a avaliação da causa/fim que justifica a existência da regra e da sua imbricação com outras normas jurídicas.

Determinado o contexto, qual seja, aplicabilidade do art. 170-A do CTN para decisões que versem sobre a compensação de tributo cuja não incidência já tenha sido declarada em decisão precedente das Cortes Supremas, promoveremos a avaliação crítica da constitucionalidade do dispositivo seguindo os juízos inerentes à proporcionalidade, enquanto postulado normativo.

4.3.3 A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de adequação

Conforme apontamos, a crítica sobre a constitucionalidade da aplicação do art. 170-A do CTN para obstar a eficácia de decisões que estejam alinhadas a posicionamento das Cortes Supremas será realizada com fundamento na *proporcionalidade* da aplicação do direito, para que se verifique se o art. 170-A do CTN, dentro do contexto proposto, representa um excesso normativo. Para isso, verificaremos se a regra ditada pelo dispositivo em questão é *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*, à luz do funcionamento constitucional do sistema judiciário. Começemos pela adequação.

O juízo de adequação (conformidade) demanda a avaliação de uma relação causal, de modo a aferir se da norma jurídica decorre a realização do fim por ela pretendido. Sendo inúmeros os meios que podem conduzir, ou não, a um fim determinado, ao juízo de adequação caberá somente a avaliação da relação causa/consequência, descabendo críticas quanto ao meio escolhido para a perseguição do fim²⁶¹.

Cumprido, então, afirmar que o fim que justificou a inserção do art. 170-A no Código Tributário Nacional é evitar que a fazenda pública sofra as consequências e prejuízos de “devolver” tributo para contribuintes mediante procedimento de compensação autorizado por decisão judicial que seja posteriormente reformada. Pretende-se evitar “devoluções” indevidas.

Considerando o objetivo que fundamenta a veiculação da regra, certamente, a determinação contida no art. 170-A do CTN é adequada para o seu cumprimento, já que conduz, sem desvios, à sua realização. Considerando a possibilidade de uma decisão que autorize a compensação a ser reformada, o legislador optou por vetar qualquer tipo de compensação dentro de tais condições. A regra prevista pelo art. 170-A é, portanto, adequada

²⁶¹ São as palavras de Ávila (2004b, p. 117): “Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: A Administração e o legislador têm o dever de escolher o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* meio para atingir o fim, ou têm o dever de escolher um meio que ‘simplesmente’ promova o fim? A administração e legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão”.

para o seu fim, pois extingue a possibilidade de a fazenda pública sofrer compensações autorizadas por decisões posteriormente reformadas.

Vale reafirmar que o juízo de adequação não demanda a avaliação da pertinência do meio adotado para a obtenção do fim, mas apenas a relação lógica de causalidade estabelecida entre eles, de maneira que, se o objetivo estabelecido é não submeter a fazenda pública à possibilidade de sofrer compensações por decisões que venham a ser reformadas, a hipótese normativa que estabelece como requisito para compensação que a decisão seja irreformável (trânsito em julgado) é adequada para a consecução do fim.

É claro, contudo, que a hipótese normativa (art. 170-A) reduz a complexidade do problema (reforma de decisões que autorizem compensações) ao não prever exceções à sua aplicação, de maneira que, independentemente da questão debatida pelo contribuinte, do tipo da medida judicial ou de qualquer outra condição jurídica ou fática, é proibido o exercício da compensação autorizada por tutela jurisdicional antes do trânsito em julgado da ação em que proferida. Há, em todos os casos, submissão da eficácia da decisão ao trânsito em julgado.

Essa redução de complexidade é causa para a eficiência do dispositivo no cumprimento do seu propósito, ou seja, o meio escolhido pelo legislador é, sem dúvida, adequado²⁶² para o fim proposto. Não há, de acordo com o tratamento legislativo, hipótese possível para que o contribuinte execute provisoriamente a decisão que declara o seu direito à compensação de tributo indevidamente recolhido.

Embora a escolha do legislador pela inserção do art. 170-A no Código Tributário Nacional ultrapasse com êxito o juízo de adequação, a “brutalidade” do teor do dispositivo decorrente da inexistência de exceções à sua aplicação (redução de complexidade de situações), que submete a eficácia de todas as decisões judiciais que autorizem compensações ao trânsito em julgado da ação, demanda a pormenorizada realização do juízo de *necessidade* do meio escolhido.

²⁶² Ávila (2004b, p. 119) define objetivamente o juízo de adequação para atos normativos da seguinte maneira: “Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim.”

4.3.4 A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de necessidade

Diferentemente do juízo de *adequação*, que trata de uma relação lógica de causa e consequência, para a promoção do juízo de *necessidade* caberá a avaliação material do meio escolhido para a concretização do fim, de modo a verificar se esse objetivo poderia ser obtido por outros caminhos com similar eficiência, mas com a menor desvantagem ao cidadão, à luz de outros direitos e garantias constitucionais que lhe favorecem.

É nesse contexto que a teoria traçada ao longo dos três primeiros capítulos deste trabalho se choca com a determinação veiculada pelo art. 170-A do CTN, conforme passamos a expor.

A realização do *juízo de necessidade* será estruturada a partir da conclusão de que regime constitucional de princípios e de regras que estrutura o Poder Judiciário determina a adoção na *práxis* judiciária brasileira de elementos típicos do *stare decisis*, doutrina vinculada ao modelo de *common law*, que impõem a adesão do juízo aos precedentes proferidos por si próprio (horizontal) e pelas Cortes que lhe sejam superiores (vertical), como forma de viabilizar a cognoscibilidade e previsibilidade (segurança jurídica) do direito vigente.

O desenvolvimento do *stare decisis* foi estimulado, portanto, pelo largo espectro da interpretação possível para o direito vigente. Esse largo espectro para a interpretação possível, no entanto, também é existente no modelo de *civil law*, especialmente no ambiente pós-positivista, que, além das naturais dificuldades inerentes ao processo interpretativo, autoriza a aplicação imediata dos princípios. Nesse contexto, o art. 170-A do CTN é a prova de que o modelo de *civil law* também expõe os seus sujeitos a alguma insegurança sobre o conteúdo do direito vigente.

Seguindo o caminho dos argumentos trilhados neste trabalho, a criteriosa avaliação da Constituição Federal de 1988 faz reconhecer a vigência, no Brasil, de princípios e de regras, que estabelecem os elementos essenciais para o funcionamento do *stare decisis* também na nossa jurisdição.

É, justamente, com fundamento na demonstração jurídica do dever de observação dos precedentes, notadamente os das Cortes Supremas, que estabeleceremos o desafio para a constitucionalidade do art. 170-A do CTN, uma vez que, de acordo com inúmeras normas constitucionais, uma decisão de uma das Cortes Supremas brasileira significa *juridicamente*

a *uniformização* do direito vigente, sanando a eventual dúvida que fundamentaria a aplicação do art. 170-A do CTN para aquele caso concreto²⁶³.

O elemento de destaque nessa avaliação é a organização constitucional do Poder Judiciário, o que deve gerar efeitos jurídicos para infirmar a validade do art. 170-A do Código Tributário Nacional. Vejamos.

A Constituição Federal de 1988, conforme explorado ao longo do Capítulo 2, estabelece pormenorizadas regras sobre a estruturação e o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Enquanto estrutura, a principal característica da organização judiciária é a sua formação piramidal, considerando o escalonamento em instâncias de julgamento, sendo que, a cada grau em direção ao vértice da pirâmide, as instituições são formadas por um número menor de julgadores.

Sendo estabelecidas as competências de cada uma das instâncias de julgamento, a Constituição privilegia a experiência e competência para “promover” magistrados entre instâncias ordinárias e impõe que as Cortes Supremas sejam formadas por julgadores com notável saber jurídico e reputação ilibada. Já a relação entre instâncias se dá com a competência da instância superior para anular ou reformar as decisões proferidas pela instância inferior, em avaliação de recursos interpostos pelas partes.

Toda essa enorme estrutura é formada para *proferir* uma decisão que aplique a lei contenciosamente ao caso concreto.

Mas a simples aplicação da lei ao caso concreto, certamente, não demandaria uma tão grande, elaborada e custosa estrutura, sendo que, se houvesse apenas uma instância encarregada dessa tarefa, sem direito a recurso pela parte, o direito seria, também, aplicado para a solução de controvérsias. É necessário, diante disso, entender e concretizar a finalidade dessa estruturação.

A estruturação, seguindo o conteúdo do Capítulo 2, tem o efeito de criar um *sistema* para a prestação da tutela jurisdicional, com regras de funcionamento internas ao Poder Judiciário, de maneira a estabelecer a cada um dos seus órgãos e membros o cumprimento de funções que lhes são específicas, tudo voltado para o funcionamento coerente e eficiente

²⁶³ Fazemos nova referência ao caso concreto exposto no item 4.2, em que um dos contribuintes teve que aguardar por mais de 10 anos para a compensação do indébito tributário após a fixação de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Naquele caso, fixado o posicionamento em 2005, o contribuinte obteve o trânsito em julgado da sua medida somente em 2018.

do sistema como um todo. Esse sistema judiciário é estruturado não para atrasar a prestação jurisdicional, mas para torná-la eficiente, segura, isonômica e eficaz.

É nesse ponto que as finalidades perseguidas pelo art. 170-A do CTN e pela organização do sistema judiciário se encontram. Tanto o dispositivo quanto a organização do sistema judiciário buscam a aplicação segura do direito positivo, em sua unidade de conteúdo.

Note-se que o sistema judiciário é piramidalmente organizado para que a prestação da tutela jurisdicional goze de coerência, de modo a estabelecer soluções uniformes para casos análogos, seja pela determinação da norma jurídica vigente, seja para isonômica avaliação de fatos que se repitam em diferentes ações judiciais. A organização constitucional do sistema judiciário não tem por finalidade a garantia de que *todas* as ações ajuizadas sejam avaliadas por quatro diferentes instâncias de julgamento, mas que soluções iguais sejam praticadas em todos os casos análogos.

Essa afirmação é atestada pela quantidade de julgadores ocupantes de cada uma das instâncias ordinárias de julgamento e das Cortes Supremas. Basta verificar que os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal ou os 33 do Superior Tribunal de Justiça não possuem condições humanas de reavaliação do trabalho realizado por todo o contingente de magistrados brasileiros.

As Cortes Supremas, portanto, não possuem a função primária de aplicar contenciosamente a lei, mas de, mediante a solução de casos, *uniformizar* o conteúdo do direito vigente, a chamada função nomofilática, ou seja, estabilizar as controvérsias abstratas sobre o conteúdo da norma jurídica vigente.

É a própria estrutura do sistema judiciário que fundamenta a função primária das Cortes Supremas de uniformização do conteúdo do direito vigente. Dessa mesma estruturação, afirmando a função das Cortes Supremas, decorre, também, o dever de observação pelas instâncias ordinárias das manifestações dessas Cortes.

Esse dever de observação, que é muito claro para a doutrina do *stare decisis*, ainda no plano da estruturação sistemática, decorre primeiramente do fato de a Corte superior gozar da competência para reformar a decisão da Corte inferior, de maneira que não aderir ao posicionamento da Corte Suprema deve significar a manifestação egoística do julgador de preferir a sua posição em detrimento da posição da Corte máxima, submetendo as partes ao recurso cabível para a obtenção da decisão *oficial* do sistema judiciário, o que é causa para o aumento do custo, da carga de trabalho e do tempo na prestação jurisdicional.

A organização constitucional do *sistema* judiciário demanda a adoção, pelas instâncias ordinárias de julgamento, da norma jurídica *uniformizada*.

Tratando exclusivamente dos efeitos decorrentes da formal estruturação do sistema judiciário, tem-se a conclusão de que a decisão proferida pela Corte Suprema é elemento de estabilização do sistema jurídico, com a determinação do conteúdo do direito positivo vigente, sanando eventuais dúvidas e divergências existentes na aplicação da norma jurídica.

Trata-se da *determinação constitucional* para o funcionamento judiciário que, se não é adequadamente cumprida, deve sê-lo.

Há, aí, choque com o art. 170-A do CTN, uma vez que, proferida a decisão pela Corte Suprema, está *uniformizado* o conteúdo do direito vigente, de maneira que a dúvida que fundamenta a existência desse dispositivo (possibilidade de reforma da decisão que autoriza a compensação) deixa de existir. Depois da decisão da Corte Suprema definindo o conteúdo do direito, o art. 170-A do CTN passa a representar despropositado óbice à efetividade da tutela jurisdicional, o que pode ser comprovado com a análise dos princípios apresentados neste trabalho.

A potencial indeterminabilidade do conteúdo do direito positivo conflita diretamente com o princípio do Estado de direito, que garante a vigência do ordenamento uno e único dentro de determinada soberania. De acordo com o princípio do Estado de direito, deve ser possível o conhecimento do direito vigente em sua unidade, permitindo a todos os sujeitos medir os resultados decorrentes de cada fato. Mais concretamente, o princípio da segurança jurídica impõe a cognoscibilidade e a estabilidade da norma jurídica vigente, de modo a estabilizar efeitos jurídicos de fatos passados e a permitir a justa expectativa sobre efeitos de fatos futuros. Para que “ninguém se escuse de cumprir a lei, alegando desconhecimento” (art. 3º do Decreto-lei n. 4.657/1942) é minimamente necessário que seja possível conhecer a lei vigente, fazendo valer o princípio do Estado de direito.

É a dificuldade de “conhecer” o conteúdo da lei que fundamenta a inserção do art. 170-A no Código Tributário Nacional, uma vez que o dispositivo tem aplicação em casos em que após um contribuinte recolher o tributo de acordo com conteúdo de lei (1ª norma jurídica) e o Judiciário decidir pelo direito à restituição (2ª norma jurídica), presume-se que essa decisão possa ser alterada, estabelecendo mais uma interpretação sobre o direito vigente (3ª norma jurídica).

O antídoto para essa danosa situação de insegurança está, seguramente, na estruturação constitucional do sistema judiciário. Ao Poder Judiciário cabe, com exclusividade, a aplicação vinculante do direito, de modo que somente a esse poder, entre

todos os outros e entre particulares, é possível promover a interpretação e aplicação do direito vigente com força para vincular as partes interessadas à solução jurídica proferida. Toda divergência sobre o conteúdo do direito somente será solucionada, com efeitos de vinculação, no exercício da jurisdição.

Esse fato conduz Eros Grau (2017, p. 55) a atribuir ao Poder Judiciário a condição de *intérprete autêntico* do direito, afirmando que somente esse órgão tem capacidade de promover *interpretações* que *criem* o direito vigente.

Como no *common law*, portanto, o Poder Judiciário do *civil law* ocupa posição de essencial importância para a concretização dos princípios do Estado de direito e da segurança jurídica, já que a ele cabe a *determinação do conteúdo do direito vigente*, o que é feito por meio da solução de casos concretos, nos termos das regras constitucionais para tanto (funcionamento sistemático).

Inserido nesse contexto, o papel desempenhado pelas Cortes Supremas não decorre somente da demanda por uniformizar as divergências de julgamentos internos ao Poder Judiciário, mas de prover a uniformização do direito voltada para toda a sociedade, como elemento essencial para a manutenção do *Estado de direito*. A manifestação de uma Corte Suprema, portanto, tem o efeito de *estabelecer* o direito vigente, tornando adequadas as condutas que a elas se alinhem, seja no ambiente de medidas judiciais ou não.

A Constituição Federal de 1988, veiculando o Estado de direito, a segurança jurídica e a igualdade como princípios, criou instrumento para a sua concretização, entregando às Cortes Supremas a atribuição de determinar o conteúdo do direito positivo vigente, fazendo aplicável um só direito (que passa a ser conhecido) para todos os casos.

O pressuposto para a validade do art. 170-A do CTN deve ser enfrentado à luz de tais condições. Justificar a sua existência com fundamento na indeterminação da norma jurídica vigente (o que conduz à possibilidade de reforma da decisão judicial) colide, jurídico-constitucionalmente, com a existência de manifestação de uma das Cortes Supremas.

Uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça subsume-se à hipótese constitucional de *uniformização do direito vigente* e por isso se torna elemento de *determinação* ou de *afirmação* do direito positivo, de maneira que a adesão aos seus termos é demanda dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade.

A sustentação dessa afirmação está solidamente amparada nas manifestações proferidas pelas próprias Cortes Supremas brasileiras, apresentadas no Capítulo 2, nas quais,

com contundência e clareza, tais Cortes manifestam a consciência sobre a função a elas delegada pela Constituição Federal de 1988.

Há, assim sendo, normas constitucionais que determinam o elemento de certeza perseguido pelo art. 170-A do CTN, tornando a aplicação do dispositivo despicienda nestes casos, quando passa a constituir inconstitucional óbice à efetividade da tutela jurisdicional.

Estabelecido o caminho jurídico-constitucional para a determinação do conteúdo do direito sanando-se divergências, é *desnecessária* a aplicação do art. 170-A do CTN em casos cujo mérito já tenha sido objeto de solução pelas Cortes Supremas. É *desnecessária* porque este é o caso típico de uso do instrumento criado pela Constituição Federal para que o conteúdo do direito fosse determinado, sanando dúvida que sobre ele paira. Reconhecido o sentido da norma jurídica geral e abstrata que vige, não é necessário que o contribuinte aguarde pelo seu trânsito em julgado para que o mesmo conteúdo dessa norma jurídica geral e abstrata seja declarado para o seu caso concreto.

É importante, ainda, apontar que a partir da condição de *sistema* do Poder Judiciário ao nos reportarmos ao posicionamento da Corte Suprema, estamos nos referindo às decisões proferidas por seus órgãos de julgamento colegiado, tipo de julgamento típico da Corte, não sendo, necessariamente, acórdão proferido por órgãos superiores internos ao Tribunal (Seção, Corte Especial ou Tribunal Pleno). Isso porque, enquanto parte de um *sistema*, a manifestação do órgão de julgamento de uma tão importante Corte representa *a* manifestação daquele Tribunal sobre o assunto em pauta, e não *uma* manifestação de uma célula de julgamento. Evidentemente, divergências entre células de julgamento deverão ser solucionadas pelos órgãos competentes para tanto.

A constitucionalidade desse discurso de valorização das manifestações das Cortes Supremas encontra amparo na aceitação pelo próprio Poder Judiciário nas contínuas alterações promovidas no Código de Processo Civil. Isso porque, por exemplo, ao estabelecer efeitos jurídico-processuais para as súmulas com o impedimento de processamento de recursos, ao possibilitar julgamentos monocráticos com fundamento em jurisprudência dominante, ao criar a sistemática dos recursos representativos de controvérsia ou a súmula vinculante, a legislação testou e atestou os argumentos de índole constitucional apresentados neste trabalho, para afirmar a potência da jurisprudência, especialmente das Cortes Supremas. Caso contrário, seria possível que, pelo menos para algum(s) desses institutos houvesse declaração de inconstitucionalidade.

Ainda usando das alterações legislativas – nelas incluindo o Código de Processo Civil de 2015 –, não parece possível afirmar a existência de um elemento imanente ao

funcionamento judiciário que permita admitir tão grandes diferenças entre julgamentos proferidos pelos mesmos órgãos. Ilustrando a reflexão, não há razão jurídico-constitucional capaz de fundamentar a profunda diferenciação dos efeitos de decisão proferida por Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de embargos de divergência e outra em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas²⁶⁴. O órgão de julgamento, no caso, é o mesmo, a responsabilidade de cognição a mesma, a função constitucional por ele desempenhada também e a posição ocupada dentro do sistema judiciário idem.

Fazer valer uma tão grande diferença fundada, exclusivamente, em dispositivo de lei ordinária é o atestado de inadequado desempenho da função constitucional pela Corte, que, em vez de exercer a sua típica função de uniformização do direito vigente em *todos* os seus julgados, continua a resumir a sua atuação à solução de casos concretos, ocupando-se de uniformização somente na hipótese de determinação legal, em nítida inversão da importância entre as determinações constitucionais e as determinações legais.

Vale, novamente, menção ao caso concreto exposto no item 4.2, em que, a despeito do posicionamento firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, a efetividade das decisões declarando o direito à compensação do indébito tributário continuou condicionada ao trânsito em julgado das medidas individuais, submetendo contribuintes à situação de desigualdade, gerando insegurança sobre o conteúdo do direito vigente e, ainda, impondo ao próprio Poder Judiciário o julgamento de todos os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que tendentes, apenas, a retardar a preclusão máxima processual.

O caso apresentado, como outros tantos que podem decorrer da mesma situação fática, qual seja, haver posicionamento da Corte Suprema sobre a questão de direito discutida, mas, mesmo assim, a efetividade da tutela restar condicionada ao trânsito em julgado da medida individual, denota que o próprio Poder Judiciário, na prática, não atribui aos precedentes das Cortes Supremas a importância e os efeitos jurídicos a eles determinados pela Constituição Federal, o que, talvez, seja causado pela virtual (mas constante) possibilidade de a Corte alterar o seu posicionamento. Esse, contudo, não deve ser um fundamento apto a impedir o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

²⁶⁴ Como aconteceu na 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento da incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre o pagamento das férias gozadas para o empregado, caso detalhadamente reportado no item 2.2.1 deste trabalho.

A tradição brasileira de solução de casos, negando a racionalidade de universalização²⁶⁵ nas decisões pelas Cortes Supremas, poderá conduzir o argumento de oposição à valorização do precedente como fundamento para a não aplicação do art. 170-A do CTN, no sentido de afirmar a real possibilidade de a Corte Suprema mudar o seu posicionamento em manifestações para a solução de casos futuros. Essa é, de fato, uma real possibilidade que assola o ambiente jurisdicional brasileiro, mas que não é capaz de infirmar a importância da manifestação da Corte Suprema.

A alteração de entendimento por uma Corte Suprema não guarda em si nenhuma anomalia, consubstanciando, inclusive, uma das condições para a evolução do direito. No entanto, seguindo a constatação de Taruffo (2011, p. 147), as alterações de posicionamento devem representar a absoluta exceção no ambiente de julgamentos pela Corte Suprema, de maneira que constantes e injustificadas mudanças denotam o inadequado e arbitrário exercício da competência outorgada pela Constituição Federal. Diante disso, as alterações de posicionamento, com fundamento na legalidade e na moralidade da atuação da Corte, são exceções e não condizem com o exercício da sua função típica de *uniformização*.

Refletindo sobre o contra-argumento pela possibilidade de mudança pela Corte Suprema, cumpre anotar que a manifestação do posicionamento da Corte Suprema por via do julgamento de um caso concreto e a decorrente *uniformização* do direito vigente, conforme temos sustentado, afirmam o Estado de direito, a segurança jurídica e a igualdade, estabelecendo a regra jurídica capaz de resolver casos. Considerando a prática brasileira, ainda que o posicionamento afirmado possa, potencialmente, ser revisto, é fundamental admitir, ao menos, *a inversão da presunção da dúvida* para a aplicação do art. 170-A do CTN. Conforme já expusemos, o dispositivo do Código Tributário Nacional, protegendo o erário, assume a dúvida sobre a existência do indébito tributário para garantir ao contribuinte a compensação somente como o trânsito em julgado. Caso, contudo, haja decisão da Corte Suprema em favor do pedido do contribuinte, considerando a função nomofilática dessa decisão, a dúvida sobre o direito do contribuinte deixa de ser forte o suficiente para justificar o atraso na repetição do indébito.

²⁶⁵ A racionalidade de universalização, conforme apresentado no Capítulo 2, demanda a solução do caso concreto com uma avaliação que se preocupe com a aplicação da solução praticada a casos futuros. Ao exercer a função de *uniformização* do direito vigente por meio do julgamento de casos concretos, a Corte Suprema deve estabelecer como a sua principal atividade a fixação da norma jurídica vigente de forma ampla e aplicável a casos futuros, ainda que não exatamente iguais para, a partir disso, solucionar o caso em avaliação, tornando possível a mais clara identificação do direito vigente e, por conseguinte, fazendo valer os princípios da segurança jurídica e do Estado de direito.

A constitucionalidade do art. 170-A do CTN, tal qual foi reconhecida até hoje, depende de aceitar que a dúvida sobre a existência do indébito permitiria a mitigação de uma garantia fundamental do contribuinte (repetição do indébito). A partir da decisão da Corte Suprema, essa dúvida se inverte, causando (ao menos) a fundada presunção de existência do indébito, o que justificaria a possibilidade de autorização da compensação antes do trânsito em julgado.

Considerando, então, que as mudanças de posicionamento são exceções e que a decisão tem o efeito de (ao menos) inverter a presunção de dúvida sobre a existência do indébito, é importante (re)afirmar que, quando nos referimos às decisões das Cortes Supremas, e a esses seus potentes efeitos, estamos nos referindo a decisões proferidas, inclusive, pelas Turmas de julgamento, e não só dos órgãos internos para solução de divergências.

Devemos afirmar, com fundamento em tais considerações, que a Constituição Federal estruturou um *sistema* judiciário, cujo funcionamento, especialmente considerada a atuação das Cortes Supremas, não produz somente a solução de casos concretos, mas também a *determinação* ou a *afirmação* do direito vigente, fazendo valer os princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade.

Esse funcionamento constitucional do Poder Judiciário, por sua vez, conflita com o fundamento para a inserção do art. 170-A no Código Tributário Nacional, qual seja, a proteção da fazenda pública contra compensações fundadas em *interpretações jurídicas* duvidosas. Há conflito, pois a manifestação da Corte Suprema esvazia as dúvidas sobre o direito vigente, ainda que não proferida no caso concreto em que se pede a compensação, já que a função de tais Cortes é a de *uniformização*, sendo o julgamento de casos concretos apenas o meio para que isso seja feito.

Há, diante disso, norma constitucional que determina o caminho para a qualificação da certeza do direito, de maneira que a aplicação do art. 170-A do CTN torna-se absolutamente desnecessária para a entrega da certeza demandada pela fazenda pública. Tendo sido estabelecida a *norma jurídica vigente*, o trânsito em julgado deixa de ser elemento de caracterização da certeza do direito, definindo a *não necessidade* de aplicação do dispositivo.

4.3.5 A avaliação da constitucionalidade à luz do postulado da proporcionalidade: o juízo de proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que o juízo de necessidade permita a conclusão pela inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A nos termos propostos, cumpre verificar que também à luz do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, que envolve a comparação da restrição entre garantias fundamentais e o fim buscado pela norma, a aplicação desse dispositivo não se sustentaria.

A avaliação da restrição a garantias fundamentais tem a finalidade de *afirmar* a decisão pela (des)proporcionalidade da norma jurídica. Veja-se que, se estamos a sustentar que, à luz da Constituição Federal, a manifestação da Corte Suprema tem o efeito de atribuição de certeza ao direito positivo que dispensaria a aplicação do art. 170-A do CTN, Ávila (2004b, p. 124) propõe que seja avaliado, dentre esses dois caminhos para a certeza do direito que fundamenta a compensação, qual é aquele que oferece menor restrição a garantias fundamentais.

Para essa avaliação da menor restrição a garantias fundamentais, evidentemente, adotaremos como premissa a permissão da compensação tributária somente quando da certeza sobre o direito que a fundamenta, o que, conforme temos apontado, é qualificado pela manifestação da Corte Suprema em caso análogo.

Para iniciar a avaliação, é importante reiterar que o art. 170-A do CTN representa uma vedação de execução provisória da decisão judicial, de maneira que, em seu conteúdo, o dispositivo não afronta, diretamente, a garantia de repetição do indébito tributário, mas estabelece um impedimento de natureza processual incidente sobre a eficácia da decisão que permite ao contribuinte compensar o tributo indevidamente recolhido.

Considerando o conteúdo de vedação à execução provisória da decisão judicial sobre compensação, o art. 170-A do CTN sobreleva a certeza sobre o direito em discussão, em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional, especialmente em seu aspecto de celeridade na reparação de ilegalidades. É dizer que o dispositivo estabelece como absoluta a demanda por *certeza* em favor da fazenda pública, ainda que isso submeta o contribuinte à não razoável espera pelo trânsito em julgado da ação.

Faz-se necessário, diante disso, saber se, no caso de obtenção da *certeza* (ou altíssima probabilidade) por outro caminho jurídico – a manifestação paradigmática da Corte Suprema –, seria constitucional admitir o “corte” da efetividade da tutela jurisdicional para submeter o gozo do direito declarado à distante formalização do trânsito em julgado da medida.

A tônica do discurso deste trabalho, por si só, seria capaz de responder à questão, uma vez que desde o seu início estamos a sustentar argumentos jurídicos tendentes ao fortalecimento da atuação sistemática do Poder Judiciário, com a finalidade de concretizar as determinações constitucionais de efetividade e de eficiência na sua atuação.

Sem prejuízo, cumpre-nos lembrar que a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) é material, e não meramente instrumental, o que significa a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, no sentido de promover com maior adequação possível a reparação da lesão ou a prevenção da ameaça a direito do contribuinte. Não é uma garantia que autorize ao contribuinte, apenas, pedir ao Judiciário, mas que uma tutela jurisdicional adequada para a reparação/prevenção seja prestada. Efetividade é o estado daquilo que é efetivo, que é o adjetivo que representa a capacidade de gerar efeitos *reais*²⁶⁶.

A garantia de *efetividade* da tutela jurisdicional, destarte, assegura que a prestação do Poder Judiciário gere *efeitos* no mundo real, ou seja, as suas decisões deverão ser envolvidas de plena eficácia. Qualquer restrição de *eficácia* da tutela jurisdicional – como é o caso do art. 170-A do CTN –, portanto, entra em rota de colisão com a garantia constitucional de efetividade na prestação jurisdicional, de modo demandar a verificação de existência de um propósito constitucional específico que permita tal restrição.

É nesse contexto que a inconstitucionalidade do art. 170-A do CTN deve ser reconhecida, quando diante de casos em que haja manifestação da Corte Suprema.

Veja-se que o art. 170-A do CTN restringe a garantia de efetividade da tutela jurisdicional para beneficiar a supremacia do interesse público sobre o privado, consubstanciada na *certeza* sobre o direito de compensação. Restringe-se, portanto, uma garantia fundamental, protegendo o Estado da dúvida sobre o direito vigente.

A manifestação da Corte Suprema, por sua vez, como o instrumento constitucional de atribuição de *certeza* sobre o direito vigente, faz extinguir o propósito que fundamenta a existência do art. 170-A do CTN, de maneira que a sua aplicação passa a constituir uma “gratuita” afronta à garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional. A *determinação* do conteúdo do direito vigente faz a mitigação da *efetividade da tutela*

²⁶⁶ Abbagnano (2007, p. 306) aponta o significado de efetivo: “EFETIVO [...]. O mesmo que real (v. REALIDADE). Em italiano e francês, esse termo ressalta o caráter que a realidade possui diante do que só é imaginado ou desejado; em inglês e alemão, ressalta o caráter que a realidade possui diante do que é somente possível.”

desnecessária para a proteção do erário, de maneira que a essa garantia constitucional (efetividade da tutela) possa ser atribuída a máxima aplicabilidade.

A aplicação do art. 170-A do CTN em casos cujo mérito já tenha sido objeto de manifestação das Cortes Supremas, portanto, representa meio que produz restrição indevida à garantia fundamental de efetividade da tutela jurisdicional, o que torna a aplicação do dispositivo inconstitucional nesse contexto.

Ainda no campo dos efeitos do funcionamento do sistema judiciário sobre o art. 170-A do CTN, deve ser observado que a indistinta aplicação do dispositivo é causa para a ineficiente atuação do sistema judiciário, em descumprimento da determinação veiculada pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

É importante, nesse sentido, verificar que o art. 170-A do CTN representa, após a manifestação das Cortes Supremas, causa para a ineficiência do funcionamento do Poder Judiciário, uma vez que significa incentivo para a interposição de recursos, ainda que manifestamente improcedentes, a fim de retardar a obtenção do trânsito em julgado em favor da pretensão do contribuinte, condição para a compensação tributária.

A estruturação constitucional do sistema judiciário, conforme apresentamos, tem a finalidade de instrumentalizar a eficiência na prestação jurisdicional, de maneira que o menor número de julgadores a cada instância com poderes de reforma e anulação de decisões proferidas por juízos inferiores deve significar, como bem observou a doutrina do *stare decisis*, o dever de adesão aos posicionamentos das Cortes superiores.

A pirâmide judiciária, portanto, demarca a garantia de decisões uniformes e coerentes entre si, não devendo ser vista, apenas, como a garantia de inúmeras revisões, via recursos, para um mesmo caso. O menor número de julgadores a cada instância denota a função de uniformização de soluções e não de rejuízo de casos.

Essa organização tem a finalidade de não submeter o litigante, em sua ação, ao trânsito por todas as instâncias de julgamento para a obtenção da decisão desejada pelo *sistema* judiciário, mas que essa decisão seja proferida o quanto antes no processo de maneira a não incentivar a interposição de recursos pelas partes. O funcionamento constitucional do Poder Judiciário tem, portanto, o dever de promover a solução de controvérsias com

eficiência, o quanto antes, nos autos do processo²⁶⁷, desestimulando a interposição de recursos pelas partes.

De fato, o que o art. 170-A do CTN promove é, justamente, o oposto: o incentivo para a fazenda pública interpor recursos.

A doutrina do *stare decisis*, ao sustentar o dever de adesão às manifestações das Cortes Supremas, verifica que, estabelecendo a segurança e uniformidade na solução de casos, a parte derrotada, sabendo que a decisão que lhe é contrária está alinhada com o posicionamento do sistema judiciário, tende à não interposição do recurso, uma vez que esse representa custos de tempo e dinheiro que não lhe surtirão efeitos. Reflexamente, são tendências que processos terminem antes de transitarem por todas as instâncias de julgamento e que o ajuizamento de medidas judiciais seja desestimulado, diante da certeza sobre o conteúdo da decisão final a ser proferida pelo sistema judiciário.

Manter a aplicação ao art. 170-A significa o incentivo para que a fazenda pública, ainda que ciente da sua derrota no processo, promova a estratégia de interposição de recursos, já que isso lhe permite retardar o cumprimento da decisão que lhe desfavorece. Veja-se que, em última instância de reflexão, isso faz com que a fazenda pública não admita, extraprocessualmente, as soluções que o sistema judiciário dá para casos concretos, impondo a todos os contribuintes a obrigação de ajuizamento de medidas judiciais para a obtenção do direito à compensação tributária e, nessas medidas, protele ao máximo o seu dever de pagamento, com a interposição de recursos, ainda que nitidamente improcedentes.

A indiferente aplicação do art. 170-A do CTN representa, diante disso, uma causa para a ineficiência no funcionamento do sistema judiciário, que, negando eficácia a decisões contrárias ao erário até o trânsito em julgado, permite ao Estado a estratégia de judicialização do dever de repetição do indébito, postergando, ao máximo, a tramitação de tais ações judiciais.

Coloca, ainda, a prerrogativa de decidir sobre a efetividade da tutela proferida nas mãos de um dos litigantes no processo, o que é decorrência do corte da eficácia da decisão pela mera apresentação de recursos, ainda que com nítido caráter protelatório.

Afastar a aplicação do art. 170-A, fazendo a tutela jurisdicional gozar de eficácia, certamente incentivaria o Estado Executivo a reavaliar a sua postura de judicialização de

²⁶⁷ Esse dever é importante a ponto de a Emenda Constitucional n. 45/2004 ter inserido o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição para estabelecer a razoável duração dos processos como uma garantia fundamental.

demandas e de resistência recursal, considerando a relação custo/benefício dessa conduta. Em um contexto em que a eficácia da decisão alinhada ao posicionamento da Corte Suprema não fosse negada, talvez não fizesse mais sentido para o Executivo a manutenção de um enorme volume de processos, com vultosos custos com suas Procuradorias, que não lhe surtisses benefício algum.

Mais que isso, talvez a Administração tributária não negasse o gozo de direitos ainda em esfera administrativa, sabendo que, com altíssimo grau de celeridade e eficácia, o Poder Judiciário poderia autorizar o contribuinte que o fizesse, causando à Administração o custo de manutenção de medidas judiciais que não lhe causariam nenhum benefício.

Sob a ótica do *sistema judiciário*, imprimir efetividade às decisões alinhadas com a solução oficial do sistema significa a possibilidade de redução do número de processos em trâmite e de desestímulo à judicialização de demandas pelo Poder Executivo, tornando mais eficiente o seu funcionamento e viabilizando a concretização da garantia constitucional de razoável duração do processo judicial.

É essencial que questões que afetem a estratégia de atuação judiciária do Estado Executivo (como é o caso do art. 170-A) sejam enfrentadas como meios para a redução do número de processos ajuizados e recursos interpostos, com a finalidade de tornar eficiente o funcionamento do Poder Judiciário, sob pena de continuarmos criando institutos processuais voltados para a redução em massa de número de processos (súmula vinculante e incidentes de solução de demandas repetitivas e de assunção de competência), mas que não têm o efeito de tornar racional a atuação judiciária e estimular a solução de controvérsias fora do ambiente judiciário.

Cumprido, para finalizar o juízo de necessidade, demonstrar a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional para retirar a eficácia de decisões cujo mérito tenha sido objeto de manifestação pelas Cortes Supremas, à luz do princípio da igualdade. Vejamos.

Considerado o contexto de ter sido proferida manifestação pela Corte Suprema e, por conseguinte, estabelecido o sentido uniforme do direito vigente, submeter os contribuintes ao aguardo pelo trânsito em julgado para a obtenção desse mesmo resultado coloca-os em situação de inconstitucional desigualdade.

Isso se deve ao fato de, com o art. 170-A, a aplicação da norma geral e abstrata (determinada ou afirmada pela Corte Suprema) restar condicionada a elemento temporal particular a cada contribuinte, conforme andamento de cada medida judicial. Ou seja, ao retirar a capacidade de o Judiciário poder ser *efetivo*, condiciona-se a aplicação da norma

jurídica a condição temporal que não é uniforme entre os contribuintes, de maneira que, por critérios aleatórios e incontroláveis, o direito vigente será aplicado em momentos diferentes para cada contribuinte. Não depende de prova afirmativa no sentido de que as milhares de medidas judiciais ajuizadas sobre um mesmo assunto terão o seu trânsito em julgado com diferença de até décadas entre si, a depender, evidentemente, do momento do ajuizamento, do tipo de medida e da eficiência do juízo de primeira instância, Tribunal e, eventualmente, das Cortes Supremas para julgamento do pedido e dos recursos.

Considerando a sensibilidade econômica que a compensação tributária encerra, a diferença no momento da aplicação do direito é causa para desigualdades patrimoniais capazes de conduzir, até mesmo, ao desequilíbrio concorrencial, aplicando-se diferentes regimes de tributação a contribuintes que se encontrem em situação análoga.

Admitir que a decisão pela Corte Suprema concretiza o Estado de direito, a segurança jurídica e a igualdade, por viabilização a aplicação de uma mesma norma jurídica vigente a todos os sujeitos, significa sustentar, também, que essa mesma norma seja aplicada em um só tempo para todos os casos que se enquadrem em sua hipótese. O trânsito em julgado, destarte, não é critério de *discrimen* válido a diferenciar contribuintes no que se refere à aplicação da norma jurídica tributária para fundamentar a compensação imediata.

Ainda no que se refere à igualdade no tratamento, é importante que se verifique que o art. 170-A do CTN acaba por punir aquele contribuinte que confia por mais tempo no direito que determina o pagamento do tributo e que, por isso, não ajuíza a medida judicial ou aguarda pelo precedente da Corte Suprema para fazê-lo. Para esse contribuinte, o exercício do direito à compensação, ou seja, a aplicação do direito vigente, estaria ainda mais distante do mesmo exercício por outros contribuintes que já demandavam contra a fazenda pública.

A finalidade perseguida pelo art. 170-A do CTN, qual seja, o desembolso mediante certeza, à luz da estruturação constitucional judiciária, não se qualifica pela obtenção do trânsito em julgado, mas pela manifestação da Corte Suprema, de maneira proferida essa manifestação, o regime de desigualdade entre contribuintes, considerando o trânsito em julgado, torna-se desprovido de fundamento constitucional.

Com base em tais fundamentos, parece-nos, de fato, que o funcionamento do sistema constitucional judiciário não permite a indiscriminada aplicação do art. 170-A do CTN, de maneira que a sua inconstitucionalidade parcial deve ser reconhecida para casos em que o mérito do pedido realizado pelo contribuinte já tenha sido objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal e/ou do Superior Tribunal de Justiça.

4.4 Aplicação da inconstitucionalidade do art. 170-A do CTN

Como última das considerações deste trabalho, permitimo-nos sustentar a aplicabilidade da tese proposta, qual seja, a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional em casos em que o mérito do pedido de compensação já tenha sido objeto de manifestação favorável do Superior Tribunal de Justiça e/ou do Supremo Tribunal Federal.

O principal pilar sobre o qual a tese foi erigida se refere à função que a Constituição Federal determinou às Cortes Supremas brasileiras, à luz de todas as regras de organização judiciária e dos princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da igualdade, da efetividade da prestação jurisdicional, da eficiência do serviço público e da moralidade na atuação pública.

Essa função, conforme explorado em várias partes desta tese sob diferentes prismas, é a de uniformização do entendimento sobre o direito federal, para o Superior Tribunal de Justiça, e sobre o direito constitucional, para o Supremo Tribunal Federal. Uma das decorrências lógicas do exercício dessa função é o dever de observação e de adesão pelos juízos ordinários aos posicionamentos adotados pelas Cortes Supremas, o que permite a atuação eficiente e coerente do sistema judiciário, além de viabilizar a aplicação de um mesmo direito vigente para todos os casos.

Calcamos o nosso argumento em disposições constitucionais vigentes no Brasil, construindo um discurso pela potencialização da importância das manifestações das Cortes Supremas e dos seus efeitos em favor do funcionamento efetivo e eficiente do Poder Judiciário. Como forma de amparo a esse discurso, apresentamos o desenvolvimento do direito positivo brasileiro nesse sentido, com a breve apresentação de instrumentos criados por Emenda Constitucional e por leis ordinárias que tiveram o objetivo de aumentar a importância das decisões das Cortes Supremas; ainda como forma de amparar o discurso proposto, buscamos insumos no modelo de *common law*, especificamente na doutrina do *stare decisis*, para demonstrar que, com fundamento nos mesmos princípios previstos pela Constituição Federal de 1988, aquele sistema de direito construiu uma sólida doutrina sobre a atuação judiciária sistemática, voltada para a efetividade, segurança, previsibilidade e eficiência.

Esse discurso, que estabeleceu, portanto, um modelo constitucional de atuação do Poder Judiciário, foi colocado em aplicação para que fosse verificada a constitucionalidade da incidência do art. 170-A do Código Tributário Nacional, que condiciona a eficácia da decisão que autoriza a compensação tributária ao trânsito em julgado da ação em que proferida, em ações que discutissem assuntos que já tivessem sido objeto de decisão pelas Cortes Supremas.

Avaliando o conflito entre o modelo de funcionamento que a Constituição Federal impõe ao Poder Judiciário e a restrição de efetividade causada pelo dispositivo, apresentamos a conclusão no sentido de que a aplicação do art. 170-A do CTN é inconstitucional em casos em que o mérito do pedido de compensação já tenha sido analisado pelas Cortes Supremas.

Para chegar à tese proposta passamos por inúmeros princípios e regras constitucionais que nos permitiram afirmar a importância de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a função típica de tais Cortes não é a solução de casos, mas a *uniformização do direito vigente*, para o que a solução de casos concretos é apenas o meio.

Essa conclusão desloca a *certeza* sobre o conteúdo do direito para a manifestação da Corte Suprema, fazendo menos importante, para a determinação do direito aplicável, a obtenção da coisa julgada material, o que nos permitiu sustentar a superação do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Diante de todas essas considerações, entendemos pertinente sustentar, ainda que brevemente, a aplicabilidade da tese proposta.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, híbrido entre o difuso e concentrado, permite a apresentação de pedido de declaração de inconstitucionalidade em qualquer medida judicial individual, de maneira que ao contribuinte interessado é possível a apresentação de pedido no sentido proposto nesta tese, pela não aplicação do art. 170-A do CTN, caso o mérito da incidência do tributo em discussão já tenha sido objeto de decisão pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Alinhando-se ao modelo de controle da constitucionalidade das normas, é possível ao juízo que se deparar com esse pedido que o defira²⁶⁸.

²⁶⁸ Há julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região afastando a aplicabilidade do art. 170-A do CTN sob o fundamento de não ser *razoável* submeter o contribuinte ao aguardo pelo trânsito em julgado

A questão que, de fato, nos preocupa é saber se seria temerário para a segurança da fazenda pública que esta tese proposta fosse amplamente aceita pelo Poder Judiciário. De fato, refletimos sobre essa questão ao longo de todo o nosso programa de doutoramento, período em que esta tese foi construída.

A resposta, entendemos, é pela inexistência de temeridade para a fazenda pública. Explicamos.

O ponto fundamental da tese proposta está ligado às manifestações das Cortes Supremas, de maneira que sustentamos a maior efetividade da tutela jurisdicional para decisões que reproduzam o posicionamento dessas Cortes. É importante que se reconheça, portanto, que há um rígido ponto de segurança estabelecido.

A atuação de tais Cortes, como também apontado, deve ser informada pelos deveres de coerência e de estabilidade, condições para instrumentalizar o funcionamento eficiente do Poder Judiciário e para o cumprimento da sua função típica e nomofilaquia.

Ao se estabelecer, diante disso, efeitos jurídicos claros para o posicionamento expressado pela Corte Suprema, a ponto de afastar a constitucionalidade de um dispositivo, parece-nos que tais Cortes exercerão com maior cuidado a sua função típica de

em casos em que haja definição jurisprudencial sobre o direito discutido: “TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO PAGOS PELO EMPREGADOR QUE ANTECEDEM A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E SOBRE O ABONO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS (1/3). VERBAS INDENIZATÓRIAS. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. COMPENSAÇÃO COM QUAISQUER TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ART. 89, § 3º, DA LEI 8.212/91. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSITIVO LEGAL REVOGADO. DÉBITOS VENCIDOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN. TAXA SELIC. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AFASTADA. (...) VII – Tendo em vista que a matéria relativa à exigibilidade de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga em virtude do afastamento do empregado no período de quinze dias que antecede a concessão de auxílio-doença/acidente, bem assim sobre o abono constitucional de férias (1/3) encontra-se, atualmente, pacificada nos colendos STF e STJ, não se mostra razoável aguardar-se o trânsito em julgado de *decisum* para a efetivação da compensação do indébito tributário em referência, quando inexistente qualquer possibilidade de alteração da situação jurídica já reconhecida, nos autos. Ademais, segundo a inteligência do art. 557, *caput* e respectivo § 1º, do CPC, o relator negará seguimento a recurso manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou ainda, estando a decisão recorrida em manifesta contrariedade à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento, de pronto, ao recurso, pelo que se verifica, assim, a inaplicabilidade do art. 170-A, do CTN, na espécie, diante da perfeita harmonia do acórdão desta 8ª Turma com o entendimento jurisprudencial consolidado nos colendos STF e STJ nesta matéria, a possibilitar a eficácia plena e imediata da garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e respectivo § 1º) na materialização instrumental do processo justo. VIII – Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União Federal e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.” (TRF1, AC 2007.35.00.026849-0, 8ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, decisão unânime, publ. 18/11/2011.)

Em mesmo sentido: TRF1, AMS 2009.34.00.001770-3, 8ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, decisão unânime, publ. 23/03/2012; TRF1, AC 2009.38.11.004669-0, 8ª Turma, Rel. Des. Leomar Barros Amorim de Sousa, decisão unânime, publ. 08/03/2013.

uniformização, uma vez que qualquer das suas decisões poderá ter efeitos sobre a atuação de todo o Poder Judiciário. Se por um lado o discurso proposto significa a atribuição de maior importância para a decisão da Corte Suprema, por outro significa atribuir maior responsabilidade a tais Cortes para decidir sobre o sentido do direito.

Reconhecer a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional no contexto proposto tem o efeito de afinar o funcionamento do Poder Judiciário, de maneira a promover a prestação jurisdicional certa, efetiva, isonômica e eficiente, diferentemente daquela que apresentamos no item 4.2. O reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do dispositivo determina, em última instância, a mais célere aplicação do direito vigente.

É evidente que há tensão causada pela tradicional prática brasileira de solução de casos concretos sem que os efeitos da decisão transcendam os limites dos autos em que proferidas. O que, de fato, não condiz com a tarefa constitucional da Corte Suprema e com o compromisso público de exercício do poder com impessoalidade.

Supondo que o Poder Judiciário admita a tese proposta, estar-se-ia, apenas, dando concretização à função constitucional atribuída às Cortes Supremas e, ao mesmo tempo, forçando tais Cortes ao cumprimento dessa função com responsabilidade.

Além disso, considerando a elevação da efetividade da tutela jurisdicional, a aplicação da tese proposta representaria desestímulo à manutenção de processos em trâmite perante o Poder Judiciário com a mera finalidade de obstar a repetição do indébito pelo contribuinte. A redação do art. 170-A do CTN representa, nesse contexto, grandioso incentivo para que a fazenda pública não resolva controvérsias no ambiente extraprocessual e que, havendo medida ajuizada, faça o possível para que ela perdue em trâmite pelo maior tempo possível.

Os efeitos disso são nefastos para a própria fazenda pública, que tem gastos consideráveis com a manutenção de suas procuradorias; para o Poder Judiciário, que sofre com o inacreditável número de processos em que a fazenda pública é parte, com ajuizamentos desnecessários e com o absurdo volume de recursos processuais interpostos, o que coloca o gasto brasileiro com a manutenção do sistema judiciário como um dos maiores do mundo; por último sofre o contribuinte, que tem o cumprimento do seu direito à repetição do indébito tributário retardado, estando, ainda, submetido aos custos de tempo e de valores para a manutenção de processos perante o Poder Judiciário por anos, até o seu trânsito em julgado.

O *sistema judiciário* deve se preocupar com a solução *definitiva* de casos no menor tempo possível, o que não deve ser feito com a criação de instrumentos para que um mesmo processo individual tramite por duas instâncias ordinárias e pelas Cortes Supremas com maior celeridade, mas que, no primeiro momento em que for possível, uma solução efetiva e definitiva seja aplicada no processo.

Ainda que pareça absurdo pensar em uma decisão de primeira instância *definitiva*, a doutrina do *stare decisis* mostra que isso pode se tornar realidade caso a decisão goze de verdadeira efetividade e caso as partes não tenham benefícios protelatórios com recursos processuais e que saibam da baixíssima chance de êxito de tais recursos (em casos em que se aplica o posicionamento das Cortes Supremas).

A aplicação da tese proposta, portanto, ultrapassa os limites de interesse do contribuinte e, entendemos, representa uma medida necessária para o funcionamento do sistema judiciário tal qual determinado pela Constituição Federal brasileira.

CONCLUSÃO

Conforme exposto na Introdução, a elaboração desta tese esteve pautada pela necessidade de apresentação de uma hipótese possível para a solução de um problema concreto decorrente da aplicação jurisdicional do direito tributário, qual seja, a aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional, que condiciona a compensação tributária ao trânsito em julgado da ação que a declare, em medidas judiciais que versem sobre assuntos cuja controvérsia de mérito esteja resolvida pelo Poder Judiciário.

Considerando o problema apresentado, estabelecemos a hipótese de ser possível ao Poder Judiciário brasileiro, nos termos das regras e princípios constitucionais que o organizam e informam a sua atuação, oferecer solução mais eficiente para todos esses processos que aguardam por anos pelo julgamento de recursos em todas as instâncias de julgamento possíveis até que haja a certificação do trânsito em julgado para que, só então, seja permitido o gozo de um direito sabidamente existente.

Estabelecidos, então, o problema e a hipótese para a solução, nos três primeiros capítulos deste trabalho construímos raciocínio a partir de argumentos jurídico-constitucionais que permitissem a sustentação de uma tese pela inconstitucionalidade parcial do art. 170-A do Código Tributário Nacional, a partir dos quais apresentamos a seguinte conclusão.

Partindo do texto da Constituição Federal de 1988, assumindo premissa em favor da máxima efetividade da interpretação do texto constitucional, reconhecemos a necessidade de que este trabalho fosse guiado pelos princípios (i) do Estado de direito, que determina a existência de um direito positivo único vigente; (ii) da segurança jurídica, que, imanente ao Estado de direito, garante a cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e previsibilidade do direito vigente, instrumento para que seja viabilizada a efetiva regulamentação de condutas por meio da ciência sobre os efeitos jurídicos decorrentes de fatos (passado) e de hipóteses (futuro); (iii) da igualdade, que encerra o dever de tratamento igualitário para contribuintes em mesma situação, especialmente para a aplicação de um mesmo direito vigente a um mesmo tempo; (iv) da efetividade da tutela jurisdicional, estabelecendo a garantia de que haja uma prestação jurisdicional adequada e dotada de eficácia, ou seja, de capacidade de produzir alterações no mundo dos fatos para corrigir ou prevenir ilegalidades, dentro de uma razoável duração do processo; (v) da eficiência na atuação pública, com o

dever de o Estado produzir o melhor resultado possível com o menor custo possível; e (vi) da moralidade na atuação pública, que impõe o dever de o agente estatal agir conforme a lei no interesse da instituição a que está vinculado.

Ainda em âmbito do texto constitucional, em suas regras de estruturação do Poder Judiciário, identificamos este como um *sistema* – que é qualificado pela sua estrutura que o diferencia no meio em que inserido, com funcionamento determinado por regras que lhe são próprias – voltado para a execução de um fim específico (aplicação contenciosa do direito), o que é levado a efeito pela atuação de diferentes órgãos que, sobrepostos hierárquica e piramidalmente (o que se qualifica pela competência de reforma/anulação de decisões e pela redução do tamanho das Cortes a cada instância) e mediante o exercício coordenado de funções, deve conduzir à produção eficiente do resultado que representa a sua finalidade.

Ocupando o vértice dessa pirâmide estão as Cortes Supremas, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cuja finalidade constitucional é promover a uniformização da interpretação do direito vigente, ou seja, determinar um único conteúdo ao direito vigente, como forma de concretização dos princípios do Estado de direito e da segurança jurídica. Um julgado da Corte Suprema, portanto, significa a manifestação oficial do Poder Judiciário sobre o sentido da norma jurídica em disputa.

A estrutura judiciária também é instrumento de garantia da igualdade no tratamento entre jurisdicionados, na medida em que, ao investir a Corte Suprema da competência para proferir a última decisão sobre o direito vigente, estabelece condição para que todas as medidas judiciais em mesma matéria tenham igual solução.

Sendo essas as determinações constitucionais de estruturação e competências do Poder Judiciário, é dever constitucional das instâncias ordinárias de julgamento aderir ao posicionamento das Cortes Supremas, o que tem o efeito de potencializar a efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que os resultados de julgamentos tenderão à sua manutenção (não provimento de recursos), permitindo que as tutelas proferidas sejam estáveis e que as medidas de execução adotadas não sejam revertidas. É, ainda, medida que contribui para a razoável duração do processo judicial, pois, diante do alto grau de probabilidade de manutenção das decisões, é tendência que o número de recursos seja reduzido, permitindo-se a tramitação mais célere de medidas.

O desestímulo à interposição de recursos liga-se intimamente à eficiência da atuação judiciária, dever expressamente previsto pela Constituição Federal e, também, decorrente da natureza de sistema. Com a manutenção de posicionamentos estáveis, estabelecidos pelas Cortes Supremas e seguidos pelas instâncias ordinárias de julgamento em decisões dotadas

de plena efetividade, é tendência que o número de medidas judiciais ajuizadas e o número de recursos interpostos seja reduzido, gerando economia para o sistema judiciário, para contribuintes e para o Estado Executivo. Com a certeza sobre o conteúdo do direito e o seu cumprimento efetivo, ou seja, a impossibilidade de oposição injustificada, faltaria interesse à parte para manter um processo em trâmite perante o Poder Judiciário, com todos os custos que lhe são inerentes, para que dele não decorra nenhum efeito.

Esse funcionamento sistemático do Poder Judiciário está condicionado pelo dever constitucional de atuação moral do julgador, situado em qualquer instância de julgamento. Os Ministros das Cortes Supremas, desembargadores e juizes de primeiro grau devem ter apreço e respeito pelas decisões tomadas por eles mesmos ou pelas Cortes que lhes sejam superiores, subjugando as suas convicções aos posicionamentos firmados pelo *sistema judiciário*, condição para que seja possível a identificação de uma *racionalidade* judiciária resultante da estabilidade e coerência dos posicionamentos do sistema. É essencial que o julgador atue como uma peça inserida no sistema de prestação jurisdicional e não que ele mesmo se invista da condição de aplicador da justiça.

Esses princípios e regras constitucionais estabelecem o dever de uma atuação judiciária análoga àquela fixada pela doutrina do *stare decisis*, natural ao *common law*, que determina a vinculação do órgão de julgamento às decisões precedentes proferidas por ele mesmo ou por órgão de julgamento que lhe seja superior.

Os fundamentos do *stare decisis*, a atribuição de segurança ao direito e um funcionamento judiciário efetivo e eficiente, portanto, são encontrados, também, na Constituição Federal de 1988, o que afirma o dever de adesão aos posicionamentos das Cortes de superior hierarquia (e, em grau máximo, das Cortes Supremas) e de coerência com as próprias manifestações, pelo Judiciário brasileiro.

Esse dever constitucional, por sua vez, é concretizado pelas alterações havidas na legislação ordinária e na própria Constituição Federal para a criação de mecanismos processuais de vinculação ou de julgamento acelerado de processos considerando as manifestações, especialmente, das Cortes Supremas. O ápice da concretização do *stare decisis* no plano legal é o novo Código de Processo Civil, promulgado pela Lei n. 13.105/2015, que estabelece inúmeras regras sobre como o próprio Poder Judiciário deve lidar com a sua jurisprudência, ampliando, ainda, as hipóteses de vinculação a julgados.

Há, portanto, o dever constitucional, à luz de princípios e de regras de estruturação judiciária, de que o *sistema judiciário* se comprometa com a determinação do direito vigente, viabilizando o seu conhecimento e aplicação por todos os sujeitos de direito, notadamente

os contribuintes, função a ser cumprida com maior clareza pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Para que isso ocorra, cabe aos juízos ordinários de julgamento a adesão ao posicionamento firmado pelas Cortes Supremas e a essas próprias Cortes, a manutenção da estabilidade e coerência nas suas manifestações.

Assim, à luz do texto constitucional, a manifestação de uma das Cortes Supremas resulta na determinação do conteúdo do direito vigente, de maneira a uniformizar divergências interpretativas até então havidas, permitindo a todos os operadores do direito (Judiciário, inclusive) a aplicação de uma mesma norma jurídica. O efeito ditado pela Constituição Federal para uma decisão do STJ e/ou do STF é de atribuição de certeza ao ordenamento jurídico, de maneira que o respeito a este posicionamento representa a concretização do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade perante e entre contribuintes; representa, ainda, a viabilização de uma tutela jurisdicional mais efetiva e célere e um funcionamento eficiente do *sistema* judiciário; por fim, vincula-se à moral atuação do Judiciário.

Desse dever constitucional de atuação judiciária decorre a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A do Código Tributário Nacional em tutelas jurisdicionais sobre as quais haja manifestação das Cortes Supremas favorável ao mérito do pedido do contribuinte, objeto do quarto capítulo deste trabalho.

O art. 170-A do CTN garante à fazenda pública a não restituição do recolhimento tributário indevido, por via da compensação, sem que haja a certeza sobre o direito ao crédito do contribuinte, o que, pelo dispositivo, é qualificado pelo trânsito em julgado da medida judicial.

A essa regra, contudo, se opõe a constitucional atribuição de *certeza* sobre o conteúdo do direito vigente por meio da manifestação da Corte Suprema, o que é causa para a parcial inconstitucionalidade do art. 170-A do CTN, o que pode ser identificado com o uso do postulado normativo da proporcionalidade, com os seus juízos de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

A inconstitucionalidade da aplicação do dispositivo é identificada a partir do juízo de necessidade²⁶⁹, na medida em que, havendo norma constitucional que determina a forma pela qual a certeza sobre o conteúdo do direito é estabelecida, torna-se desnecessária a

²⁶⁹ Compreende a avaliação material do meio escolhido para a concretização de um fim, de modo a verificar se esse fim poderia ser concretizado por outros caminhos com similar eficiência, mas com a menor desvantagem ao cidadão, à luz de outros direitos e garantias constitucionais que lhe favorecem.

previsão, pela lei infraconstitucional, de elemento de garantia sobre essa mesma certeza sobre a norma jurídica. Após a manifestação da Corte Suprema, a norma jurídica em direito tributário encontra-se estabelecida, de maneira que o trânsito em julgado passa a representar, apenas, a aplicação, com efeitos de perenidade, dessa mesma norma jurídica. Aguardar o trânsito em julgado, em casos como esse, significa, apenas, retardar a aplicação do direito vigente ao contribuinte, submetendo-o à espera pela preclusão máxima no seu processo, que terá o efeito de formar a coisa julgada material para uma decisão cujo conteúdo é sabido desde a manifestação da Corte Suprema.

Na aplicação contenciosa do direito para a solução de divergências de interpretação, de acordo com os princípios do Estado de direito, da segurança jurídica e da igualdade, o que qualifica, constitucionalmente, a *certeza* sobre a norma jurídica é a manifestação da Corte Suprema, e não o trânsito em julgado da ação individual.

Além de *desnecessária*, a aplicação do art. 170-A do CTN em ações cujo mérito tenha manifestação favorável da Corte Suprema também não supera o juízo de proporcionalidade em sentido estrito²⁷⁰. Partindo do fato de que tanto o art. 170-A do CTN quanto as manifestações das Cortes Supremas representam proteção contra a aplicação divergente do direito positivo, cumpre verificar que, *uniformizado* o sentido da norma por precedente da Corte Suprema, o art. 170-A do CTN passa a representar infração à garantia fundamental de prestação jurisdicional efetiva, ou seja, dotada de eficácia.

A restrição de uma garantia fundamental deve ser levada a efeito somente para a proteção de outras garantias fundamentais, o que não ocorre com a aplicação do art. 170-A. Isso porque, sendo a finalidade do dispositivo condicionar a incidência do direito positivo à *certeza* sobre o seu conteúdo, após a manifestação da Corte Suprema, a sua aplicação passa a representar injustificada restrição à efetividade da tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, de caso em que a lei infraconstitucional retira do Poder Judiciário a capacidade de reparar ilegalidades com celeridade, o que qualifica gravíssima infração à garantia de efetiva proteção judiciária, o que confirma a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A.

Ainda inserido no juízo de proporcionalidade em sentido estrito, o art. 170-A do CTN representa, após a manifestação da Corte Suprema, instrumento para o exercício de defesa abusiva pelo Estado, já que lhe permite obstar o cumprimento de decisões judiciais com a simples interposição de recursos, ainda que manifestamente improcedentes. Além de atentar

²⁷⁰ Concretizado por meio da comparação entre normas jurídicas para que seja estabelecida como vigente aquela que atinge o mesmo resultado com menor restrição a garantias fundamentais.

contra a efetividade da tutela, a aplicação do dispositivo representa contundente impedimento para o eficiente funcionamento do *sistema judiciário*, já que incentiva a fazenda pública a recorrer o máximo possível em todos os processos, entupindo todas as instâncias de julgamentos com recursos evitáveis, e a não admitir posicionamentos jurisprudenciais para resolver questões ainda em esfera administrativa, já que, ao “empurrar” o contribuinte para o Poder Judiciário, com a aplicação do art. 170-A do CTN, o cumprimento de uma decisão que lhe desfavoreça ocorrerá muitos anos depois do ajuizamento da ação. Desse modo, o dispositivo, em vez de colaborar com a redução do número de processos, é incentivo para a ilegal resistência da fazenda pública no cumprimento de direitos do contribuinte, submetendo-o ao ajuizamento de medida judicial a ser mantida em trâmite pelo maior tempo possível em injustificada resistência processual. A aplicação do art. 170-A é, destarte, uma causa para a ineficiência do funcionamento do sistema judiciário, nítida infração à disposição constitucional.

Com tais argumentos, afirmamos tese no sentido de que o funcionamento constitucional e sistemático do Poder Judiciário é causa para a inconstitucionalidade da aplicação do art. 170-A do CTN para a restrição da eficácia de tutelas declaratórias do direito à compensação tributária, em que o mérito já tenha sido objeto de manifestação pelas Cortes Supremas, em favor da pretensão do contribuinte.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Rossi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. **Southern California Law Review**. Los Angeles: University of Southern California, vol. 63, n. 1, 1989.

ALEXY, Robert; DREIDER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

ALLEN, Carleton Kemp. **Law in the making**. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1939.

ARAÚJO, Guilherme Peloso. **Contribuições: análise constitucional à luz do princípio federativo**. São Paulo: Intelecto, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

_____.; MACCOMIRCK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário**: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____.; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____.; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1.

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, vol. 71, 2017.

_____. Considerações sobre dados extrajurídicos que podem estar influenciando os julgamentos tributários. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, 2018.

_____. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lições de direito tributário**: teoria geral e constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Responsabilidade tributária de terceiros**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

_____. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Súmulas vinculantes e direito tributário. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, vol. 85, 2001.

BRASIL. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O poder público em juízo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University, v. 46, n. 4, 1994.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. A juridicização dos impostos: garantias de terceira geração. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. António Manuel da Rocha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito tributário: linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONRADO, Paulo Cesar. **Compensação tributária e processo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1993.

_____. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). **Processo civil: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENG, Svein. Precedent in Norway. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

FARBER, Daniel A. The Rule of Law and the Law of Precedents. **Minnesota Law Review**. Minneapolis, vol. 102, 2005.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JR., Tercio. **Conceito de sistema para o direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1976.

_____. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

_____. **Estado de direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HARRIS, J. W. Towards principles of overruling – When should a final court of appeal second guess? **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford: Oxford University Press, vol. 10, 1990.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e “autolancamento”**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A compensação dos tributos e a moralidade pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, vol. 6, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 31. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ.** 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. **Da jurisprudência persuasiva ao precedente vinculante: segurança jurídica, igualdade e contraditório.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

OLIVEIRA, Fabio de. Neoconstitucionalismo e Constituição dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents.** New York: Routledge, 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROLIM, João Dácio; MARTINS, Daniela Couto. Lei Complementar 104/2001 – possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos antes da sua publicação sem a restrição prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional. **Revista Dialética de Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, v. 69, 2001.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2015.

ROTHMANN, Gerd Willi. O princípio da legalidade tributária. In: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio; ROTHMAN, Gerd Willi (orgs.). **Temas fundamentais do direito tributário atual**. Belém: CEJUP, 1983.

SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidad en Argentina. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Eduardo Correa da. **Aplicação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, na hipótese de julgamento de recurso repetitivo: análise à luz do Código de Processo Civil/15**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Coimbra: Imprensa de Coimbra, 1999.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET (coord.). Obra póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

TARUFFO, Michele. Institutional factor influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016a.

_____. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016b.

_____. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 199, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Compensação do indébito tributário**. São Paulo: Dialética, 1998.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (coords.). **Interpreting precedents**. New York: Routledge, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedente**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005.