

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FERNANDO MUNHOZ RIBEIRO

A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES E REFLEXOS EM ATOS
ADMINISTRATIVOS DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FERNANDO MUNHOZ RIBEIRO

A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES E OS SEUS REFLEXOS EM
ATOS ADMINISTRATIVOS DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação da Professora Doutora Fabiana Del Padre Tomé.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A conclusão de um importante período, como o Mestrado, não seria possível sem a contribuição e o apoio de algumas pessoas.

Agradecimento especial à minha esposa Vanessa Oliveira Lins de Alencar pelo apoio incondicional, bem como compreensão pelas diversas horas destinadas às pesquisas, aos estudos e à elaboração do presente trabalho. E também pela cuidadosa colaboração com a revisão da dissertação e por ter suscitado importantes pontos para aprimoramento.

Aos meus pais Maria Isabel e Afonso pelo incentivo. Ao meu irmão Gabriel, minha cunhada Jordana e sobrinhas Maria Luiza e Helena pela presença constante e incentivo.

Aos meus sogros Regina e José Juraci pelo apoio, assim como à minha cunhada Letícia Oliveira Lins de Alencar e Mario Saadi pelas várias discussões e reflexões.

Ao Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados pelo patrocínio concedido. E especial menção a Marcelo Paulo Fortes de Cerqueira pelo constante incentivo, conselhos e trabalho contínuo ao longo desses mais de 14 anos.

À minha orientadora, Professora Doutora Fabiana Del Padre Tomé, pelas lições passadas nos dois créditos que tive oportunidade de cursar e pelas sugestões nas pesquisas e condução do trabalho, bem como aos pontos para aprimoramento.

À Professora Maria Leonor Leite Vieira pelo incentivo contínuo e oportunidade de acompanhá-la nas disciplinas ministradas na graduação em direito da PUC-SP.

Aos Professores Clarice Von Oertzen de Araújo e Tácio Lacerda Gama pelas importantes contribuições fornecidas no exame de qualificação.

RESUMO

O presente trabalho visa, a partir da premissa de que as normas jurídicas são resultado da interpretação que as autoridades competentes para a prática de atos de aplicação do direito, à investigação das funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante à formação da jurisprudência e à prolação de decisões que possuem força vinculante. Nesse percurso, abordar-se-á particularidades do sistema de precedentes vinculantes introduzido no Brasil, principalmente, a partir do Código de Processo Civil, bem como figuras anteriormente previstas e que possuem semelhante força, e também será feita uma breve distinção em relação a características presentes em sistemas de *common law* que conferem grande prestígio e importância às decisões. Dada a importância de respeito aos precedentes, serão tecidas considerações acerca de instrumentos disponíveis para atacar atos que deixem de observá-los ou mesmo que os aplique de modo equivocado. Ao final, estabelecidos os contornos gerais acerca da formação dos precedentes, dos seus elementos e do conteúdo dos pronunciamentos, tratar-se-á dos seus reflexos na edição de alguns atos administrativos para aplicação da legislação tributária.

Palavras-chave: norma jurídica, jurisprudência, precedentes, decisões vinculantes, ato administrativo

ABSTRACT

Based on the premise that the legal rules are built as a result of the interpretation carried out by authorities appointed by law when issuing decisions or administrative acts, the aim of this work is to investigate the functions performed by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice regarding the consolidation of their case law and issuing decisions with binding effects. In this way, it will be addressed particularities of the system of binding precedents introduced in Brazil, mainly by the Code of Procedure Law, which enter in force in 2016, as well as the devices that had already been introduced in Brazilian system previously and that have similar effects. Moreover, a brief distinction regarding the main features of common law systems that follow the stare decisis doctrine. Given the importance of following the decisions with binding effects, this work will cover the devices allowed by Brazilian law in order to challenge decisions or administrative acts issued without considering them. In the last chapter, the topic concerning the binding effects and the obligation of administrative authorities to follow the interpretation shown on the decision with binding effects when issuing administrative act as a result of application the tax law.

Keywords: legal rule, case law, precedents, binding decisions, administrative act

ÍNDICE

Introdução	11
Capítulo 1 – O sistema do direito positivo e a criação de normas jurídicas	15
1.1 – Interação entre o sistema social e o sistema do direito.....	15
1.2 – Produção de enunciados do direito positivo.....	17
1.3 – A criação das normas jurídicas.....	19
1.3.1 – O papel do intérprete e a função da autoridade competente.....	19
1.3.1.1 – Direito e valor.....	24
1.3.2 – Métodos de interpretação dos enunciados do direito positivo.....	28
1.3.3 – Norma jurídica.....	30
1.3.3.1 – Norma em sentido amplo e norma em sentido estrito. Norma primária e norma secundária.....	31
1.3.3.2 – Norma abstrata e norma concreta.....	33
1.3.3.3 – Norma geral e norma individual.....	34
1.4 – Validade: ponderações acerca da compatibilidade da norma com o sistema.....	35
1.5 – Vigência: a produção de efeitos das normas.....	38
1.6 – Eficácia: a aderência das normas aos três planos.....	38
1.7 – Incidência normativa e aplicação do direito.....	39
1.7.1 – O papel da autoridade competente e crítica à concepção de que a incidência é automática.....	42
1.8 – Revogação: a retirada da norma do sistema.....	44
Capítulo 2 – A função do STF e do STJ	48
2.1 – Decisão judicial, jurisprudência e aplicação do direito.....	48
2.2 – O papel do STF.....	52
2.2.1 – Competência enquanto intérprete da Constituição.....	52

2.2.1.1 – Controle de constitucionalidade.....	54
2.2.1.1.1 – Concentrado e abstrato.....	57
2.2.1.1.2 – Difuso e concreto.....	60
2.2.2 – Mecanismos e instrumentos para construção da jurisprudência.....	62
2.2.2.1 – Repercussão geral.....	62
2.2.2.1.1 – Requisito jurídico ou político?	68
2.2.2.2 – Súmula vinculante.....	70
2.2.2.3 – Súmula.....	74
2.2.2.4 – Recurso extraordinário repetitivo.....	76
2.3 – O papel do STJ.....	77
2.3.1 – Competência enquanto intérprete da legislação infraconstitucional.....	77
2.3.2 – Competência para uniformização da jurisprudência.....	81
2.3.3 – Mecanismos e instrumentos para construção da jurisprudência.....	82
2.3.3.1 – Recurso especial.....	82
2.3.3.2 – Recurso especial repetitivo.....	86
2.3.3.3 – Embargos de divergência.....	88
2.3.3.4 – Súmula.....	89
2.3.3.4 – Arguição de relevância: filtro político?	89
Capítulo 3 – Sistema brasileiro de precedentes.....	93
3.1 – Sistema de <i>civil law</i> e sistema de <i>common law</i>	93
3.2 – Considerações iniciais sobre o modelo brasileiro.....	98
3.3 – Princípios norteadores.....	102
3.3.1 – Igualdade.....	102
3.3.2 – Segurança Jurídica.....	105
3.4 – Precedentes vinculantes.....	107

3.4.1 – Decisões em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, recursos extraordinário e especial repetitivos.....	107
3.4.2 – Incidente de resolução demandas repetitivas e de assunção de competência.....	108
3.5 – Elementos do precedente vinculante.....	110
3.5.1 – Razões determinantes (<i>ratio decidendi</i>)	110
3.5.2 – Outras razões (<i>obiter dictum</i>)	114
3.5.3 – <i>Stare decisis</i>	115
3.5.4 – Voto médio.....	117
3.6 – Produção de efeitos das decisões vinculantes.....	119
3.6.1 – Modulação de efeitos das decisões.....	119
3.6.2 – Declaração de inconstitucionalidade.....	130
3.7 – Modificação de precedente (<i>overruling</i>) e efeitos do novo entendimento.....	131
3.8 – Aplicação de precedente vinculante e <i>distinguishing</i>	136

Capítulo 4 – Instrumentos para desafiar a aplicação de precedentes vinculantes.....139

4.1 – Reclamação.....	139
4.1.1 – Natureza jurídica.....	139
4.1.2 – Hipóteses e o momento da propositura da Reclamação.....	143
4.1.3 – Fim almejado com a propositura da Reclamação e o conteúdo da decisão a ser proferida.....	147
4.1.4 – Reclamação como instrumento para realização do <i>distinguish</i>	151
4.2 – Ação rescisória.....	153
4.2.1 – Cabimento quando houver violação de norma jurídica e <i>distinguish</i>	153
4.2.2 – Modificação de jurisprudência e ação rescisória.....	155

Capítulo 5 – Reflexos dos precedentes na construção de normas individuais e concretas em matéria tributária.....	160
5.1 – Precedentes vinculantes e construção de normas individuais e concretas.....	160
5.2 – Vinculação de órgãos da administração aos precedentes vinculantes.....	163
5.2.1 – O CARF e a necessidade de observância de precedentes vinculantes.....	163
5.2.2 – A Administração também deve seguir os precedentes vinculantes.....	165
5.3 – Ato administrativo de lançamento tributário.....	169
5.3.1 – Reflexos na contagem do prazo de decadência.....	169
5.3.2 – Revisão do lançamento.....	175
5.4 – Reflexos no tocante à continuidade da cobrança do crédito tributário após o encerramento da discussão na esfera administrativa.....	178
Conclusões.....	182
Bibliografia.....	188

Introdução

A partir da adição, no Ordenamento Jurídico brasileiro, de previsões que conferem a certas decisões e pronunciamentos do STF e do STJ efeitos vinculantes às demais instâncias do Poder Judiciário e, em algumas situações específicas, também à Administração, é possível constatar uma modificação na função desempenhada por esses tribunais superiores e reflexos diretos na atuação das autoridades com competência para praticar atos de aplicação do direito.

Seguindo as premissas do Constructivismo Lógico-Semântico, tomamos como ponto de partida que a criação das normas jurídicas exige sempre a atuação de uma autoridade, a qual interpretará os enunciados prescritivos pertinentes à situação a ser disciplinada e construirá a norma individual e concreta que regulará uma determinada relação jurídica. Assim, a atuação de um indivíduo para concretização do ato de aplicação do direito é imprescindível, o qual, na edição desse, externará o resultado obtido a partir da interpretação dos textos do direito positivo, que conterà marcas inerentes à sua formação, acervo cultural e valores.

Justamente em razão dessa circunstância que não é rara a verificação de que, ao interpretar os mesmos enunciados prescritivos, pessoas diferentes poderão alcançar interpretações distintas. Isso decorre da ausência de significação predeterminada para os signos e termos empregados na edição dos dispositivos legais, conferindo aos sujeitos com competência para exarar atos de aplicação do direito margem para os interpretar e construir as normas individuais e concretas refletindo a sua compreensão.

Contudo, não se admite que a autoridade competente atribua aos enunciados prescritivos o sentido que lhe aprover, sem qualquer limitação. A atividade de interpretar os enunciados e construir normas jurídicas deve, necessariamente, refletir um sentido admitido pelo contexto social e também ser coerente com outros enunciados vigentes no Ordenamento Jurídico no instante da sua aplicação.

Tendo em vista tais elementos, observa-se que a imposição da observância de determinados pronunciamentos oriundos do STF e do STJ nos atos de aplicação do direito exerce relevante impacto e, em certa medida, acrescenta uma circunstância

limitadora à atuação da autoridade titular da competência para criação de normas individuais e concretas. Nesse particular, surge uma das questões que serão enfrentadas: por que alguns pronunciamentos – a título de exemplo, decisões em recursos extraordinário ou especial repetitivos ou recurso extraordinário avulso com repercussão geral reconhecida – são vinculantes para os órgãos do Poder Judiciário, mas não à Administração?

A estrutura do Estado brasileiro foi desenhada com a atribuição de diferentes funções aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A palavra final no que concerne à resolução de conflitos verificados na sociedade e interpretação dos enunciados prescritivos do direito positivo pátrio é competência atribuída constitucionalmente ao Poder Judiciário. Logo, não se mostra consentânea com essa premissa a admissão de que a Administração profira atos administrativos – e já nos direcionando ao escopo do trabalho – de aplicação da legislação tributária em sentido diverso do racional interpretativo apresentado pelo STF e pelo STJ, observadas as suas respectivas competências.

Assim, após o desenvolvimento de aspectos concernentes à construção de norma jurídica, analisar-se-á as funções desempenhadas pelo STF no que tange ao desenvolvimento da interpretação dos enunciados do direito positivo e aos mecanismos introduzidos mais recentemente no Ordenamento Jurídico pátrio. Tais inovações modificaram substancialmente o modo como o controle de constitucionalidade difuso e concreto das normas é efetivado, mediante adoção de procedimentos que conferem maior abstratividade, com apreciação que se aproxima do denominado controle concentrado e abstrato, e espaço para participação de interessados na matéria, em substituição ao modelo anterior que privilegiava julgamentos particularizados.

Também merecerão destaque as alterações que afetam a atuação do STJ. A possibilidade de afetar determinadas matérias para apreciação descolada dos recursos nos quais é tratada e com amplitude superior à delimitada no processo subjacente, para somente ao final ser adotada para solucionar o litígio, também conferem marcas de abstração aos pronunciamentos do STJ e o entendimento alcançado é vinculante e obsta a chegada de novos recursos sobre o tema.

Todo esse prestígio e relevância atribuídos a certos pronunciamentos e decisões do STF e do STJ resultou na comparação com um legítimo sistema de *common law* – o exemplo clássico é o da Inglaterra –, no qual o direito é criado pelos Tribunais. No entanto, uma análise mais atilada do regime implantado no Brasil permite que se conclua que há relevantes distinções.

Em típicos sistemas de *common law*, a doutrina do *stare decisis* decorre do fato de que, na medida em que um magistrado invoque uma decisão de tribunal como razão para solucionar um caso que lhe é submetido, essa se torna um precedente e passa a ser o referencial (o direito em si) a ser observado pela sociedade. Em outras palavras, uma decisão não é tida como precedente norteador da atuação dos indivíduos e autoridades porque há disposição que imponha tal consequência. Ao revés, isso decorre da cultura de observância do direito criado pelos tribunais e uma decisão apenas será tida como precedente após ser invocada por outro magistrado. Uma simples decisão proferida pelo tribunal, enquanto pronunciamento isolado, não é um precedente. Ela se torna um precedente com a referência e utilização das suas razões determinantes por outra Corte.

No microsistema introduzido no Brasil, por outro lado, são eleitos determinados instrumentos que, uma vez concluído o julgamento e divulgado o extrato da tese que prevaleceu, o entendimento passa a ser vinculante. Ou seja, a premissa inicial é distinta da que norteia o sistema de *common law* e o que há, de fato, são mecanismos que autorizam a realização de julgamentos de temas recorrentes e de grande interesse e relevância para a sociedade brasileira de modo abstrato, admitindo-se o enfrentamento da matéria em sua máxima extensão, sem a limitação aos pontos delineados pelas partes e com abertura para contribuição de órgãos representativos de categorias.

E a circunstância de tais decisões serem provenientes dos tribunais com competência para apresentar a interpretação mais adequada dos enunciados prescritivos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional autorizam a atribuição da força vinculante ao entendimento firmado e, dada a estrutura do Estado brasileiro, inclusive a Administração, não apenas os órgãos do Poder Judiciário, devem seguir a orientação.

Portanto, com forte sustentação em todos esses fatores, serão endereçados pontos que conduzem à imprescindibilidade de os atos administrativos de aplicação da legislação tributária seguirem, sempre, o entendimento firmado pelo STF e pelo STJ no julgamento dos instrumentos cujas decisões são qualificadas pela força vinculante. Até porque, a relutância em acompanhar o racional estabelecido pelos tribunais superiores é contrária aos próprios princípios da legalidade e eficiência que devem ser inerentes ao atuar da Administração.

Capítulo 1 – O sistema do direito positivo e a criação de normas jurídicas

1.1 – Interação entre o sistema social e o sistema do direito

O sistema social está baseado na relação entre as pessoas e é marcado pelos acontecimentos verificados cotidianamente. Tais acontecimentos, enquanto simples eventos ou mesmo em decorrência de circunstâncias da natureza, que independem da vontade dos indivíduos, somente interessam ao sistema do direito no momento em que as autoridades competentes para a elaboração de enunciados prescritivos entendem que certas condutas necessitam ser reguladas.

Como a evolução das sociedades e o aumento significativo das relações existentes entre um número expressivo de indivíduos, tornar-se mais necessária a existência de um mecanismo, ou mesmo órgão, com a capacidade e autoridade para disciplinar, ainda que limitada a aspectos mais genéricos, a vida em sociedade.

Nesse sentido, os enunciados editados por autoridades de determinado Estado para regular condutas devem ser tidos não apenas como um dos resultados do exercício do poder por aqueles que – em sociedades democráticas – são escolhidos pela maioria dos integrantes daquele território para tomar as decisões importantes para aquele povo. Essas decisões são comumente refletidas nos enunciados elaborados com o escopo de disciplinar as relações entre os cidadãos e estabelecer as consequências para determinados atos.

Em outras palavras, estas autoridades terão como função criar textos que refletem decisões tomadas com o desiderato expor àquela sociedade as condutas que são indesejadas, bem como prescrevendo sanções para aqueles que as praticarem, e, de outro lado, que os comportamentos não expressamente vedados, em geral, serão admitidos. E, para esses, os enunciados estabelecerão as respectivas consequências.

Assim, tem-se o sistema do direito como o conjunto de enunciados prescritivos – normas em uma acepção mais ampla – existentes em dado período de tempo e certo território, o qual interage com o sistema social mediante criação desses enunciados visando à regulação das condutas entre os membros daquela sociedade.

Porém, nem tudo que ocorre no sistema social está previsto no sistema do direito e, justamente por isso, na medida em que algumas condutas passam a ser relevantes socialmente, podem motivar as autoridades competentes a editar novos enunciados prescritivos.

Em outras palavras, ainda que seja atual e procure disciplinar o maior número de situações passíveis de verificação no mundo fenomênico, o sistema do direito não contempla a quantidade de enunciados prescritivos necessários para permitir a construção de normas jurídicas capazes de disciplinar todas as condutas passíveis de verificação.

É nesse particular que se constata a razão de o sistema do direito contemplar apenas aquelas situações que considera relevante, dada a incapacidade de regular tudo¹. Para fins de comparação, veja-se que o sistema social congrega todos os eventos passíveis de ocorrência, enquanto que o do direito qualifica como jurídico apenas aqueles que as autoridades competentes entendem que devam receber tal tratamento.

Destarte, a edição de enunciados prescritivos tem a função de permitir a criação das normas jurídicas que terão o condão de jurisdicizar as condutas e permitir que eventos verificados no mundo fenomênico se tornem fatos jurídicos. Com isso, tornar-se-ão relevantes para o sistema do direito e, por tal motivo, receberão o tratamento previsto pelo sistema do direito.

Ressaltamos, contudo, que não se deve confundir sistema do direito com ordenamento jurídico. Esse último deve ser compreendido como o conjunto de normas criadas em determinado âmbito territorial e conforme uma ordem constitucional estabelecida. Ou seja, com a promulgação de uma Constituição², instaura-se uma nova ordem e todas as normas deverão ser construídas a partir dos enunciados prescritivos editados com base nessa ou aqueles pretéritos que tenham sido recepcionados.

¹ TOME, Fabiana Del Padre. *Teoria do fato jurídico e a importância das provas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 343-344.

² E, para os fins do presente trabalho, utilizamos a expressão “Constituição” como sendo o diploma que se encontra no ápice do conjunto de enunciados prescritivos elaborados para regular as condutas naquele território, à qual todos outros documentos deverão estar em consonância.

Nessa linha, inclusive as normas que tenham sido revogadas e, pois, não possuam mais vigência, devem ser tidas como integrantes daquele ordenamento. Porém, a partir do momento em que forem revogadas, não devem ser mais consideradas para fins de regulação de condutas³.

O sistema do direito, por sua vez, são as normas válidas – aqui, ainda que por presunção – em dado período e certo âmbito territorial. Em outras palavras, recorta-se um período de tempo e tem-se por sistema do direito as normas existentes naquele momento.

Nessa linha de raciocínio, a posição que preconizamos está em sintonia com as lições de CARLOS EDUARDO ALCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN, para os quais sistema do direito positivo se refere ao conjunto de normas estaticamente consideradas, existentes em determinado momento; ao passo que ordenamento jurídico é empregado no sentido dinâmico de sequência de conjuntos de normas, uma ordem jurídica é uma sequência de sistemas normativos⁴.

1.2 – Produção de enunciados do direito positivo

O sistema do direito positivo é formado pelos textos (suportes físicos) dos enunciados prescritivos, os quais serão interpretados pelas autoridades competentes com a finalidade de criar as normas que regularão as relações jurídicas existentes em dada sociedade.

Assim, ao tratar com a questão concernente à produção dos enunciados prescritivos, estar-se-á diante do que deve ser considerado como a sua fonte, o seu nascedouro. A palavra “fonte” está relacionada de modo íntimo com o ponto de partida, ao início de algo, à origem daquilo que se pretende investigar, estudar. Nesse sentido, a investigação a respeito de quais são as “fontes do direito” nos remete aos

³ As definições de vigência e revogação serão objeto de consideração em tópico específico desse trabalho.

⁴ ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas normativos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012. p. 114 e 133.

focos ejetores e produtores dos enunciados do direito positivo. Em outras palavras, às atividades que culminarão na elaboração dos textos.

Não podemos deixar de ressaltar que há corrente doutrina, que adota outros referenciais teóricos, que sustenta que haveria as fontes formais e fontes materiais do direito. As primeiras seriam os mecanismos empregados para dar forma ao direito, tais como os textos das leis e as decisões judiciais. De outra banda, as fontes materiais guardam relação com a origem do direito, aos fatores sociológicos, históricos ou políticos que contribuíram para a criação do direito (entenda-se, do enunciado prescritivo)⁵.

Entretanto, nos alinhamos à corrente⁶ que preconiza que fonte do direito deve ser compreendida como todo o processo de criação dos textos do direito, compreendendo os atos praticados pelos órgãos competentes para a sua criação. Não negamos relevância aos acontecimentos verificados no mundo fenomênico e, diante da repercussão que esses possam gerar em dada sociedade, dar ensejo a um movimento que poderá vir a culminar com a edição de um enunciado prescritivo no sentido de que, se ocorrer o fato F, então deve ser a consequência C. Contudo, a eventual demanda social para que determinada situação seja objeto de controle e regramento por parte do Estado, via previsão em lei, não pode ser tida como a fonte do direito. Essa, na concepção que adotamos, é a sequência de atos que desaguará na edição do enunciado.

Destarte, considerando fonte do direito como os atos (procedimento) tendentes à criação de enunciados prescritivos, tem-se que o próprio direito positivo contém enunciados que preveem como outros enunciados devem ser produzidos e qual autoridades detém competência para tanto. Ou seja, há normas que estatuem que determinado texto do direito positivo deverá ser produzido segundo um

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 22.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 422. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 125. IVO, Gabriel. *A produção abstrata de enunciados prescritivos*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 126. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 665.

procedimento específico, a depender do veículo a ser utilizado para tanto, respeita a repartição de competência traçada pela Constituição Federal.

Ademais, em razão da distribuição de competência e dependendo do procedimento previsto para criação de dado enunciado prescritivo, este poderá assumir uma posição hierárquica superior àquele resultado de processo mais simples. A própria Constituição Federal enuncia a competência legislativa dos entes federativos e também estabelece que certas matérias deverão ser veiculadas por determinado instrumento.

Da mesma forma, o veículo utilizado na introdução de um enunciado prescritivo encontra-se previsto por textos do direito positivo, razão pela qual é possível afirmar que o procedimento específico deverá ser observado, sob pena de invalidade.

Seguindo esse raciocínio, a criação das normas jurídicas, que parte da interpretação dos textos dos enunciados do direito positivo, deve também observar os dispositivos pertinentes que estabelecem o tempo e modo como essa deve se dar. Além disso, a depender da autoridade que a editar, ocupará diferente posição na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, sendo esse um dos aspectos para definição de qual prevalecerá em caso de conflito normativo.

1.3 – A criação das normas jurídicas

1.3.1 – O papel do intérprete e a função da autoridade competente

O direito positivo é formado por diversos enunciados prescritivos de comportamentos (elaborados com os signos aceitos) que são desejados pela sociedade, os quais refletem valores que predominam naquele território em um período de tempo determinado.

Aplicando tal premissa para a compreensão do direito positivo, pode-se afirmar que as normas⁷ são construídas a partir da interpretação dos textos do direito

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 48.

positivo⁸ e sua aplicação resulta na construção da realidade segundo a linguagem adotada pelo direito, mediante adoção dos instrumentos específicos para a produção dos efeitos esperados.

E isto porque, texto é um aglomerado de símbolos, observadas as regras estabelecidas para a relação entre eles, com a finalidade de permitir uma comunicação. Os indivíduos conhecedores da língua empregada na construção do texto serão capazes de compreender a mensagem a transmitida.

Logo, sendo o direito formado por textos que prescrevem condutas e também que estabelecem a linguagem que deverá ser adotada para que os eventos do mundo fenomênico possam ser considerados fatos jurídicos, a produção dos efeitos prescritos pelo direito positivo está condicionada, por certo, à sua observância estrita.

Seguindo esse raciocínio, verifica-se que a interpretação dos textos do direito positivo, como ato que precede a criação de normas jurídica, assume papel de grande relevância⁹. Interpretar pode ser definida como a atribuição de significado às palavras que compõem um texto com o objetivo de formar um sentido. Neste ato, o interprete expõe o seu repertório cultural e demonstra a amplitude do seu conhecimento.

Os signos utilizados em determinado texto não possuem, por si só, um significado predeterminado e a tarefa do interprete não é direcionada à tentativa descobri-lo. Ao revés, o que o interprete faz é a construção do significado do suporte físico (texto) a partir de seu arcabouço cultural, de modo que o resultado da interpretação reflete valores e convicções do sujeito que a desempenhou. Isto é confirmado pelo fato de mesmos textos serem interpretados em sentidos tão diversos a depender de quem empreende tal função.

O sentido é construído pelo interprete e está vinculado à percepção histórica. O momento histórico no qual a interpretação é efetivada exerce influência no sentido atribuído aos signos do texto. Este fator afeta o contexto e, por conseguinte, na acepção que determinado indivíduo possui em relação ao texto tomado como referência.

⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 287.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

Até porque, todo texto está inserido em um contexto – este entendido como a relação entre textos (sem qualquer limitação) – e este exerce importante influência na significação atribuída pelo interprete ao suporte físico interpretado. Assim, podemos afirmar que o repertório cultural e histórico do interprete, aliado ao contexto no qual este está inserido, implicarão na construção de sentido obtida por ele.

Modificado o contexto ou a bagagem cultural daquele que interpreta o mesmo texto, certamente verificar-se-á uma significação distinta atribuída a um mesmo suporte físico.

Trazendo essas premissas para o sistema do direito positivo, infere-se que o papel desempenhado pelos atores que interpretam os enunciados prescritivos é essencial para a construção das normas jurídicas que efetivamente disciplinarão as relações jurídicas formadas em dada sociedade. Como afirmando, os signos empregados nos textos do direito positivo não possuem significados predeterminados e ao interprete não compete buscar o sentido que seria a eles indelévelis.

Ao interprete, de fato, é conferida a função de interpretar os textos do direito positivo e, considerando o grande número de enunciados prescritivos e sobretudo a hierarquia existente entre os diversos diplomas, construir normas jurídicas que sejam consentâneas com o ordenamento jurídico prevalecente naquele momento.

Esse interprete dos enunciados prescritivos que, segundo outros preceitos do próprio direito positivo, terá a atribuição de construir as normas jurídicas que disciplinarão certas relações jurídicas, é o que denominamos de autoridade competente. Ou seja, são aquelas pessoas ou órgãos com atribuição de interpretar os enunciados prescritivos e, diante de situações que são postas à sua apreciação, editar normas que deverão ser observadas pelos sujeitos que integram aquela relação jurídica.

Sobre o tema, é oportuno enfrentarmos um ponto específico da teoria de HERBERT L. A. HART acerca da função exercida pelas autoridades (no caso, o seu enfoque foi direcionado à atuação do Poder Judiciário) quanto à interpretação dos enunciados prescritivos.

The open texture of law means that there are, indeed areas of conduct where much must be left to be developed by courts of officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight

from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do not require from them a fresh judgment from case to case.¹⁰¹¹

A passagem transcrita, de certo modo, resume a concepção do autor estadunidense no tocante à necessidade de interpretação dos textos. Para HART, há textos legais mais amplos cuja adequada interpretação deverá ser desenvolvida pelos tribunais e conforme as peculiaridades dos casos objeto de apreciação. Por outro lado, existe outros textos legais que servem de meras indicações de padrão de comportamentos que, apesar de variar em razão de algumas circunstâncias, não carecem de apreciação casuística.

Dessa sorte de ideias chega-se às diferenciações feita por HART no tocante à forma de solucionar os *hard e easy cases*. Para ele, os *hard cases* seriam aqueles em que o texto legal carece de interpretação pelo tribunal, visto que se encontram na chamada zona de penumbra, cuja adequada interpretação será conferida pela corte levando em conta as suas particularidades.

De outra senda, nos denominados *easy cases*, os textos legais seriam tão precisos e claros que o ato de interpretar seria prescindível. Por isso, não seria necessária qualquer atitude adicional para que seja obtida a interpretação mais adequada.

Veja-se, portanto, que HART faz uma divisão em textos mais amplos, que carecem de interpretação pelos tribunais, e meros guias de condutas, para os quais não seria necessária interpretação por uma autoridade, dada a clareza do comando.

Como já afirmamos acima, e aqui surge nossa crítica à concepção de HART, não apenas os dispositivos legais cujos termos são considerados mais amplos requerem uma interpretação para que seja aferido o seu adequado sentido. Mas quaisquer textos, inclusive aqueles com signos com sentido supostamente evidentes

¹⁰ HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 135.

¹¹ Tradução livre do autor: “O sentido aberto do texto legal significa que há, de fato, áreas reguladas em que o sentido do texto será desenvolvido pelos tribunais mediante cotejo entre os interesses em jogo, observadas as circunstâncias, o que poderá variar a depender do caso. Não obstante, em grande medida, as leis consistem em parâmetros para que autoridades e indivíduos determinem as regras de conduta, ainda que com variação em sua aplicação, mas que não demandam um novo julgamento para cada caso.”

e claros, exigem a atuação da autoridade competente para que seja obtida a interpretação adequada e que essa seja refletida na norma individual e concreta.

E é importante salientar que o direito positivo determina qual a autoridade competente para empreender tal interpretação e construir as normas jurídicas levando em consideração as particularidades subjacentes às situações objeto de análise (sujeitos, local, matéria, dentre outras).

Pondere-se que disposições semelhantes ao artigo 110 do CTN¹² procuram conduzir a interpretação de outros enunciados prescritivos em conjunto com outros contidos em diplomas diversos. Em outras palavras, ao determinar que a legislação tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas previstos na legislação que disciplina o direito privado, o artigo 110 estabelece que a norma jurídica construída a partir da interpretação da lei tributária, em certas circunstâncias, deverá ser obtida da conjugação dos sentidos da legislação pertinente a esse ramo e do direito privado.

Entendemos que esse tipo de enunciado prescritivo tenta, em certa medida, reduzir o alcance da interpretação da autoridade competente, na medida em que predetermina que o sentido a ser atribuído a dada expressão ou termo empregado pelo enunciado prescritivo da lei tributária não é o que o interprete livremente deseja. Mas sim aquele adstrito aos contornos e características indicados pela lei de direito privado.

Outra figura que merece ponderação, ainda que de forma breve, é a denominada norma interpretativa. Define-se como norma interpretativa o novo enunciado prescritivo criado com a função de apontar a interpretação, ou melhor, o sentido que deve ser alcançado a partir de um suporte físico especificamente indicado. Isto é, cria-se um enunciado prescritivo novo para afirmar que um outro enunciado possui o significado apontado pelo novel. Inclusive, na legislação tributária – artigo 106, inciso I, do CTN –, atribui-se efeito retroativo aos preceitos denominados de interpretativos, pois, na visão do legislador, não haveria introdução de enunciado

¹² Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

contendo uma disciplina nova, mas tão somente esclarecendo o significado de outro já existente.

Ao criar um novo suporte físico com a pretensa função de indicar o modo como outro enunciado prescritivo deve ser interpretado, este novo diploma também está sujeito à interpretação. Todo texto está sujeito à interpretação, não custa reiterar. Logo, haverá sempre um ciclo de interpretação, mediante o qual todo texto é passível de interpretação e por assim em diante.

Portanto, não admitimos a existência de uma 'norma interpretativa' e, de fato, entendemos que, quando um novo suporte físico é criado com a indicação de que outro deve ser interpretado de tal modo, pretende a autoridade competente por sua elaboração apontar que o texto anterior deve ser interpretado em conjunto com o novo enunciado. Jamais, contudo, estabelecer qual a interpretação do preceito antigo, justamente por ser ato impossível.

1.3.1.1 – Direito e valor

O valor pode ser definido como características ou traços que permitem a identificação de determinado grupo ou mesmo pessoa, o qual é construído e consolidado ao longo do tempo, como algo inerente à cultura daquele grupo ou pessoa. A norma é a construção que o interprete dos textos do direito positivo faz a partir da atribuição de significado aos termos e expressões empregados naquele suporte físico. O ato de interpretar e atribuir significado demonstra, necessariamente, valores do interprete.

O direito, em uma acepção geral e tido como instrumento de disciplina das condutas pelos integrantes de uma dada sociedade, visa assegurar o valor justiça, traçando o que é certo perante aquele grupo em um momento específico. Isto quer dizer, a própria criação dos enunciados prescritivos reflete os valores tidos como relevantes em dado período de tempo, os quais poderão ser objeto de positivação e estabelecerão os comportamentos aceitáveis ou indesejados.

Pela mesma razão, a evolução da sociedade também influenciará na interpretação dos enunciados do direito positivo e, a depender do instante em que a norma jurídica for criada, o valor nela refletido poderá ser diverso. Esse é o resultado direto das modificações existentes na sociedade e da necessidade de as autoridades incumbidas de criar normas individuais e concretas adequarem a interpretação do texto do direito positivo aos valores prevaletentes no momento em que esta ocorrer.

Muitos dos princípios constitucionais, por exemplo, representam a positivação de valores, mas outros, apesar de receberem a denominação de princípio, ostentam a característica de uma regra. Por exemplo, o princípio da isonomia reflete o desejo do poder constituinte originário de uma sociedade igualitária e que almeja tratar todos de igual modo; ao passo que o denominado princípio da não-cumulatividade do IPI ou do ICMS não indica a positivação de um valor, mas a aposição da alcunha de 'princípio' a uma regra que norteia a instituição dos aludidos tributos.

RONALD DWORKING apresenta uma concepção diferente no tocante à distinção entre princípios e regras. Para o autor estadunidense, na hipótese de colisão entre princípios, deve-se ponderar qual assume uma relevância (peso é a expressão por ele utilizada) maior perante o sistema. Logo, na situação específica, avaliando-se qual possui maior importância, identificar-se-á aquele que deverá prevalecer¹³.

Ao revés, para RONALD DWORKING, quando houver um conflito entre regras, uma será considerada inválida (critério *all or nothing*). O critério utilizado para resolver esse conflito será fornecido por outras regras do próprio sistema, podendo ser i) aquela editada pela autoridade de hierarquia superior, ii) a mais recente, iii) a

¹³ "This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or important. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weight it is." (DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 26-27). Tradução livre do autor: "A primeira diferença entre regras e princípios implica em outra. Princípios possuem uma amplitude que as regras não têm – amplitude em relevância e importância. Quando princípios estão em confronto (a política de proteção dos proprietários de automóveis em confronto com os princípios de liberdade contratual, por exemplo), a solução do conflito deve levar em consideração a relevância de cada um. Isto não significa, por certo, na precisa mensuração e o julgamento acerca da prevalência de um princípio específico ou uma política ser mais importante que outro sempre será controverso. No entanto, isso faz parte da concepção de princípio, que tem a sua amplitude, e faz sentido a indagação a respeito da sua importância e relevância."

mais específica para a situação em foco ou mesmo iv) aquela que vier a refletir princípio de maior relevância para o sistema¹⁴. Independentemente de qual seja o critério adotado, quando se está diante de um conflito entre regras, uma deve prevalecer, observando-se as determinações do sistema para solucionar tal impasse, afastando-se, por consequência, a aplicação da outra.

HUMBERTO ÁVILA fornece importantes contribuições para a discussão da temática envolvendo a distinção entre regras e princípios. Para ele, a principal distinção reside no grau de abstração dos princípios, na medida em que esses não estão vinculados à uma situação hipotética específica, ao passo que as regras contêm tal delimitação e também a definição da consequência, ainda que essa dependa do ato de aplicação¹⁵.

A despeito desse debate quanto à distinção entre princípios e regras, não podemos deixar de salientar que, no ato de construção de normas jurídicas, o intérprete refletirá valores que lhes são mais relevantes. O ponto importante, contudo, está na necessidade de que a valoração atribuída aos signos dos enunciados prescritivos encontre amparo no direito positivo, visto que, como afirmamos, muitos princípios, especialmente os constitucionais, são resultantes da positivação de valores desejados pelo sistema. Logo, o ato de interpretar e construir as normas jurídicas não é desprovido de limites, mas encontra suas balizas valorativas postas pelo próprio sistema, as quais devem ser respeitadas.

Nessa sorte de ideias, tem-se que o ato de decidir (e de construir normas jurídicas) consiste na emissão de um ato de fala¹⁶ no qual se verifica a opção da

¹⁴ "If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves. A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort. A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles." (DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 27)

Tradução livre do autor: "Se duas regras estão em conflito, uma delas não poderá ser considerada válida. A decisão acerca de qual é válida, e qual deverá ser descartada ou reformulada, deve ser tomada levando em conta considerações além das regras em si mesmas. O sistema deve regular esse tipo de conflito por meio de outras regras, que poderá prevalecer a que foi editada por uma autoridade superior, a criada posteriormente, a mais específica ou algum outro critério semelhante. O sistema poderá estabelecer que prevaleça a regra fundamentada em princípios mais importantes."

¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2008. p. 48.

¹⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 52-53.

autoridade estabelecida pelo direito positivo para tomar determinada decisão e, por conseguinte, criar normas jurídicas que disciplinarão relações jurídicas¹⁷.

A decisão deve ser entendida como o ato em que uma autoridade competente, ao apreciar um caso específico, cria a norma individual e concreta que regerá a relação entre os sujeitos determinados nos polos daquele litígio. A norma individual e concreta é construída a partir da interpretação dos enunciados prescritivos do direito positivo.

Essa afirmação poderá ser aplicada a todas as situações em que há criação de norma jurídica, uma vez que é inerente a todo processo de interpretação de textos – e aqui nos restringimos aos enunciados prescritivos que compõem o direito positivo – a atribuição de significação aos signos existentes no suporte físico interpretado. Até porque, o direito é um texto imerso em um contexto e a significação atribuída aos signos sofre as influências desse contexto (do interprete).

Assim, tendo como premissa que a decisão é o suporte físico introdutor de uma norma individual e concreta, não há como negar que a decisão externará valores da autoridade que a produziu. Contudo, é importante mencionar que essa autoridade não detém poder absoluto para atribuir o significado que lhe for conveniente. A margem de interpretação e atribuição de significado que se admite é aquela que se mostra razoável e dentro dos padrões aceitáveis perante aquele sistema ou sociedade.

Toda interpretação que se faz, seja de textos do direito positivo ou de quaisquer outros, é carregada e influenciada pelos valores que são caros ao sujeito. Por esse motivo, não admitimos a possibilidade de prolação de uma decisão imparcial ou neutra no que tange à questão valorativa. A decisão externa, ainda que implicitamente, valores daquele que a confeccionou, haja vista o fato de que a significação atribuída aos termos utilizados pelos enunciados interpretados refletirá valores do indivíduo que a produzir.

Quando se analisa os temas da neutralidade e imparcialidade das decisões, em especial das proferidas por órgãos do Poder Judiciário, não se está a exigir que

¹⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 61.

essas sejam neutras ou imparciais sob o prisma valorativo. Até porque, sendo o valor resultado da formação, referências e influências, enfim, uma marca cultural inerente a todos os indivíduos ou sociedade, por certo que refletirá na interpretação que esses fazem acerca de textos ou mesmo dos diversos acontecimentos. Isso se aplica também às autoridades competentes para a sua prolação.

Assim, a neutralidade e imparcialidade que se espera das decisões judiciais é aquela que diz respeito à existência de qualquer relação e/ou vínculo entre a autoridade competente para a sua produção e os indivíduos que compõem os polos ativo ou passivo. Entre outras palavras, que o terceiro (a autoridade competente) seja alguém alheio ou externo ao litígio que se pretenda resolver.

Pondere-se, por fim, que a circunstância de a autoridade competente refletir os valores que lhe são importantes no momento da criação da norma jurídica não lhe permite atribuir qualquer significado aos textos. Os enunciados do sistema do direito positivo, como será visto adiante, deverão ser interpretados em sua unidade sistêmica e as normas jurídicas deverão estar em sintonia com esse. Por conseguinte, o limite da interpretação pela autoridade competente é dado pelo próprio direito, justamente porque não são desejadas interpretações teratológicas e muito menos se admite que ditas autoridades possuam poder absoluto para a criação de normas jurídicas conforme lhe aprouver.

1.3.2 – Método de interpretação dos enunciados do direito positivo

Seguindo o raciocínio exposto nos tópicos anteriores, e considerando a relevância do papel exercido pelo interprete e aplicador do direito no momento de construção de normas jurídicas, a sua construção, a partir da atribuição de significado aos signos contidos nos enunciados prescritivos, deve se ater, conforme lições de PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁸, a três aspectos centrais: o sintático, o semântico e o pragmático.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 202-205.

Sob o prisma sintático, canaliza-se o enfoque na relação existente entre os símbolos empregados pelo texto a ser interpretado, na observância das regras que estabelecem o modo e a forma como tais símbolos devem ser alocados.

Já na ótica semântica, a atenção é dirigida à relação entre os símbolos e os objetos significados. Em outras palavras, à referência dos símbolos à realidade. Isto, por certo, pressupõe uma convenção social, ainda que implícita, de aceitação de que se utiliza determinada palavra ou expressão para fazer referência a determinado objeto físico, por exemplo.

No enfoque pragmático, afere-se o modo pelo qual os usuários da linguagem, no caso em apreço, do direito positivo, empregam-na na construção dos discursos que colimam a regulação de conduta dos sujeitos que integram certo sistema.

Dessa forma, compartilhamos do entendimento de que a interpretação dos enunciados prescritivos deve, necessariamente, seguir o denominado método sistemático. O seu enfoque é na interpretação dos preceitos levando em consideração o sistema no qual está inserido, relacionando-se com os três aspectos aludidos, visto que confere grande relevância à sistematização e, por isso mesmo, abarca todos os critérios mencionados

Os enunciados que compõem o sistema do direito positivo e, por tal motivo, devem ser compreendidos como peças que formadoras de uma unidade. Essa unidade, por razões didáticas e mesmo para facilitar a sua sistematização, poderá ser segregada e analisada em parcelas. Não se nega isso. Porém, e aqui é importante ressaltar, a interpretação que se faz de um dispositivo isolado não deverá desconsiderar o que outros estatuem.

Portanto, o método de interpretação sistemático é o que se mostra mais adequado e também o único que permitirá a construção de normas jurídicas partindo da compreensão e atribuindo relevância ao direito positivo com um todo, em sua unidade incindível.

Ademais, partindo dessas afirmações, entendemos que os tradicionais métodos de interpretação indicados pela doutrina civilista¹⁹, apesar da longa divisão com indicação de várias métricas, mantém relação com os aspectos norteadores da forma que preconizamos.

Os métodos literal e lógico, que dizem respeito, respectivamente e em breves palavras, ao sentido de cada palavra e à observância das regras para o agrupamento tendente à formação da frase, podem ser enquadrados no plano sintático.

Por sua vez, os métodos histórico (investiga a origem e a evolução com o passar dos anos) e teleológico (dá importância à finalidade colimada) guardam relação com os aspectos semântico e pragmático, na medida em que assumem relevância a relação entre os símbolos utilizados nos textos e a referência à realidade – o que está intimamente ligado às concepções que prevalecem em determinado período da história –, bem como o modo com que são adotados pelos utentes daquela linguagem.

1.3.3 – Norma jurídica

Para HANS KELSEN, a norma jurídica é um comando posto por uma autoridade legisladora e de acordo com as regras que estabelecem como essa deve ser criada²⁰. A norma fundamental será o fundamento de validade de todas as normas pertencentes à determinada ordem. Além disso, segundo sustenta, é necessário que haja previsão de uma sanção para o caso de não cumprimento²¹. Em síntese, para HANS KELSEN, sendo o direito uma ordem de coerção, deve-se estabelecer a consequência para a hipótese de descumprimento do comando, a qual será imposta independentemente da vontade do indivíduo.

A norma jurídica, segundo a corrente que aderimos, é a construção que o interprete faz a partir dos textos do direito positivo (suportes físicos) e percorrendo

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66 e 67. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 161-167.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 218-219.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 121-124.

todas as etapas (S1 a S4) do percurso gerador de sentido, utilizando aqui a linha de raciocínio do constructivismo lógico-semântico²².

Invocando novamente as palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, grande expoente dessa linha de pensamento, há quatro planos/estágios no percurso gerador de sentido das normas jurídicas, que podem ser resumidos assim:

- S1 (plano dos enunciados): são os textos do direito positivo, os enunciados prescritivos. O suporte físico a partir do qual se inicia o ato de interpretar.
- S2 (plano das proposições): verifica-se na mente do intérprete, mediante atribuição de valores aos signos empregados no texto.
- S3 (plano das normas jurídicas): é a atribuição de valores e significados aos textos do direito positivo, no qual o intérprete passa a estruturá-lo na forma hipotético-condicional, a fim de construir a norma jurídica. Nesse passo, a norma construída é tida como isolada do sistema.
- S4 (plano da sistematização): construída a norma jurídica (S3), passa-se-à fase em que essa deve ser relacionada com as outras normas jurídicas, sistematizando-a e estabelecendo-se os vínculos de subordinação e coordenação.

Feitas essas ponderações iniciais, passamos a expor, brevemente, algumas maneiras de classificar as normas jurídicas.

1.3.3.1 – Norma em sentido amplo e norma em sentido estrito. Norma primária e norma secundária.

A norma jurídica pode ser definida no seu sentido amplo e estrito. Na acepção ampla, norma jurídica seria o texto do direito positivo, os enunciados prescritivos introduzidos no sistema do direito positivo pela autoridade competente e que serão

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 112-126.

objeto de significação pelo seu interprete; enquanto que, no sentido estrito, a construção obtida a partir da interpretação do texto do direito positivo.

Como afirma PAULO DE BARROS CARVALHO²³, na perspectiva estrita, norma é “a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deôntico-jurídico completo”.

A classificação entre normas primárias e normas secundárias diz respeito ao conteúdo do preceito. As normas primárias, utilizando aqui as ponderações de TÁCIO LACERDA GAMA²⁴, são aquelas que estabelecem direitos e deveres dos cidadãos que vivem em determinada sociedade e que estão sujeitos àquela disciplina.

As normas secundárias, por sua vez, são os enunciados que regulam a relação entre cidadãos com as normas integrantes do ordenamento jurídico em si²⁵. Ou seja, são os preceitos que preveem como as normas deverão ser produzidas e todos os requisitos para essas possam ser validamente inseridas no sistema.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. sintetiza a classificação entre normas primárias e secundária com bastante precisão: *se uma norma tem por objeto outra norma, ela é secundária; se tem por objeto a própria ação, é primária*²⁶.

NORBERTO BOBBIO adota uma classificação diferente, muito embora, em sua essência também faça referência às normas que regulam comportamentos, por ele denominada de “normas de conduta”. De outro lado, a normas que estabelecem como outras devem ser produzidas são chamadas de “normas de estrutura ou de competência”.

Até aqui, ao falar de normas que compõem o ordenamento jurídico, referimo-nos a normas de conduta. Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos por meio dos quais emanam normas de condutas válidas. Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. P. 128.

²⁴ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Editora Noeses, 2009. p. 29.

²⁵ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Editora Noeses, 2009. p. 30.

²⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97.

estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta.²⁷

Para os fins da presente exposição, o importante é ter em mente que as normas primárias veiculam os comandos para regular as condutas dos sujeitos em determinado ordenamento; ao passo que as normas secundárias se ocupam da previsão do procedimento a ser observado para a criação de normas, por isso a alusão como sendo norma sobre normas.

1.3.3.2 – Norma abstrata e norma concreta

O critério de divisão entre normas abstratas e concreta toma como referencial o tipo de fato ao qual se voltam. A norma abstrata é aquela em que o enunciado prescritivo se ocupa da função de descrever uma situação de possível ocorrência no mundo fenomênico. Em outras palavras, é destinada para regular uma situação que poderá ocorrer no futuro. A partir da descrição abstrata do fato que poderá ser verificado, estabelece que, uma vez constatado, deverão ser observadas as consequências determinadas²⁸.

Em sentido oposto, a norma concreta possui o relato de um acontecimento do passado no seu antecedente e, no conseqüente, prescreve as consequências decorrentes. É a norma concreta que reflete com maior precisão a aproximação com os fatos constatados no mundo fenomênico. Ao ser conjugada com a norma individual, é o resultado da aplicação do direito a um caso específico e estabelece que, dado a ocorrência do fato jurídico, surge a obrigação entre os sujeitos indicados.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 46-47.

²⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 45.

1.3.3.3 – Norma geral e norma individual

A divisão entre norma geral e norma individual leva em conta a possibilidade de determinação dos seus destinatários. A norma geral é aquela produzida e destinada a um número indeterminado de sujeitos²⁹, a partir da qual será possível iniciar o ato de criação de uma norma que mais se aproxima do mundo concreto, oportunidade em que a autoridade competente identificará os sujeitos.

A norma individual, de outro lado, contém a individualização das pessoas para as quais foi criada. Há, com isso, a construção de uma norma que poderá disciplinar determinada relação jurídica, principalmente quando se conjuga a norma individual com a norma concreta.

Assim, a partir dos suportes físicos, o sujeito constrói a norma geral e abstrata e, uma vez verificado no mundo concreto a ocorrência da situação prevista no antecedente da norma, poderá ser criada a norma individual e concreta, constituindo, na linguagem estabelecida pelo direito positivo, a relação jurídica. Desta feita, descreve-se o fato jurídico no antecedente da norma individual e concreta, com a indicação do local e do tempo, bem como assevera, no conseqüente, as conseqüências que deverão ser observadas pelos sujeitos que compõem os polos ativo e passivo da relação.

Estabelecidas tais premissas, pode-se afirmar que a norma geral e abstrata é obtida a partir da interpretação dos enunciados prescritivos, mediante atribuição de sentido aos signos empregados, que será representada pela seguinte expressão: dado o fato F, deve ser a conseqüência S. E sempre traduzidos na linguagem prescrita pelo direito, cujo veículo é imprescindível para a constituição da relação jurídica entre os sujeitos.

Por fim, a norma individual e concreta será resultado da aplicação da norma geral e abstrata, sempre pela autoridade indicada pelo direito positivo, a situação específica e para sujeitos determinados. Ou seja, a norma individual e concreta é o

²⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 45.

instrumento destinado a regular uma relação jurídica específica, prescrevendo os direitos e deveres dos indivíduos que dela fazem parte.

1.4 – Validade: ponderações acerca da compatibilidade da norma com o sistema

O tema da validade das normas jurídicas assume importante papel na análise concernente à sua adequação ao sistema do direito positivo no qual é inserida³⁰. Há preceitos que estabelecem procedimentos, sujeitos competentes e matérias que podem ser objeto de certo tipo de norma jurídica. Somente quando forem observados todos os requisitos impostos, poder-se-á dizer que uma norma é válida.

Importante corrente de pensamento é encontrada nas lições de PONTES DE MIRANDA³¹, para quem a investigação parte do pressuposto de que a norma existe para o dado ordenamento e a validade propriamente dita está condicionada à adequação da norma aos elementos: i) sujeitos; ii) objeto; e, iii) forma. Assim, para essa linha, para que se possa empreender a análise acerca da compatibilidade da nova norma ao ordenamento do jurídico, deve-se ter como premissa que essa existe. Em outras palavras, sustenta PONTES DE MIRANDA que somente é possível afirmar se algo – na espécie, uma norma – é válido ou inválido se esse existir.

EXISTIR E VALER. – Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensa-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão-pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.³²

PAULO DE BARROS CARVALHO, por sua vez, trabalha com premissa distinta e afirma que validade deve ser tida como a relação de pertinencialidade da

³⁰ BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e sistema jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 257.

³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo IV*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 4.

³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo IV*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 6-7.

norma com o sistema do direito positivo em determinado momento. Norma inserida no sistema por uma autoridade competente e segundo o procedimento estabelecido, tem presunção de validade. De acordo com seus ensinamentos, dizer que uma norma é válida equivale a asseverar que a norma existe para o sistema no instante especificamente considerado. São suas palavras:

E ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema 'S', ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.

A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u'a norma 'N' é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema 'S'.³³

No nosso entender, tendo como premissa o fato de que a construção da norma jurídica parte do texto do direito positivo, para que se possa criar uma norma jurídica válida perante o respectivo sistema do direito positivo, é imprescindível que o enunciado prescritivo tenha sido introduzido em conformidade com as normas que estabelecem o procedimento adequado, a autoridade competente e a matéria precisamente delimitada.

Ocorre que, seguindo a lição de PONTES DE MIRANDA, a existência é pressuposto e mesmo condição necessária à análise acerca da validade da norma jurídica. Se inexistente norma, impossível se mostra a verificação da sua validade em relação ao sistema do direito positivo. Mesmo que se admita que toda norma introduzida no sistema, até que sobrevenha uma nova norma que a revogue ou declare a sua invalidade, é presumidamente válida, o que também implica na assertiva de que existe, mesmo que de forma presumida, não admitimos que a validade possa ser tida como equivalente à existência.

Explicando com mais vagar a posição sustentada, verifica-se que, uma vez que o texto do direito positivo é criado e introduzido no sistema do direito positivo por uma norma introdutora, ele existe. Por outro lado, a investigação no que tange à validade da norma criada a partir da interpretação do aludido enunciado prescritivo canaliza sua atenção à verificação da competência da autoridade que a criou, o procedimento seguido e se a matéria poderia ser veiculada pelo instrumento adotado.

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 450-451.

Se a autoridade detém competência, mas o procedimento não foi o adequado; ou, se o procedimento foi correto, porém a autoridade não tinha competência para a sua elaboração; ou, se o procedimento está correto e a autoridade possui competência para edição do tipo de ato emanado, mas a matéria tinha que ser tratada por outro meio, em todas as situações hipotéticas a norma será inválida.

E a declaração de que a norma é inválida será apresentada também por uma autoridade competente e segundo um procedimento previamente estabelecido. Nessa oportunidade, declarada que a norma é inválida, essa não deixará de existir, mas os efeitos decorrentes da sua aplicação no período em que era presumivelmente válida e vigente serão afetados. Ou seja, declarado que a norma é inválida, e a depender da norma que cumpra tal função (decisão em controle difuso ou concentrado, resolução do Senado após decisão do STF, acórdão em julgamento de instrumentos dotados de efeitos vinculantes), a consequência é a perda da capacidade de produzir efeitos para o futuro (isto é, da sua eficácia técnica) e também a verificação se os efeitos propagados enquanto a norma era presumivelmente válida serão ou não mantidos (aspecto da modulação de efeitos).

Portanto, inclusive a norma tida por inválida poderá produzir efeitos ou mesmo ter os efeitos dos atos concretizados com fundamento nela protegidos. Ao menos em relação ao passado, no período em que era presumivelmente válida³⁴ e cuja norma que declarou a sua invalidade optou por não atingir as normas individuais e concretas construídas anteriormente para regular determinadas relações jurídicas, infere-se que o diploma tido por inválido existiu.

Para arrematar, assumimos ser a validade a relação de adequação da norma ao sistema do direito positivo no qual foi inserida, para cuja aferição é imprescindível que se parta da premissa da sua existência, condição essencial para que tal avaliação seja empreendida.

³⁴ GAMA, Tácio Lacerda. *Competências comunicativas e o tema da validade no direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 280.

1.5 – Vigência: a produção de efeitos das normas

A vigência vem a ser a característica da norma apta a produzir efeitos, uma vez que os eventos descritos hipoteticamente ocorram no mundo fenomênico. Ou seja, a norma jurídica foi introduzida pela autoridade competente e de acordo com o procedimento estabelecido, sendo, pois, válida. Por consequência, preenche as condições para que possa ser aplicada e, por conseguinte, produzir efeitos.

PAULO DE BARROS CARVALHO sintetiza a exposição do que se deve compreender por vigência na seguinte passagem: “a norma jurídica se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito, dentro dos limites que a ordem positiva estabelece, no que concerne ao espaço e no que consulta ao tempo”³⁵.

Registre-se que, caso determinada norma venha a ser considerada inválida, ela perde a vigência e o alcance da retirada da vigência dependerá da norma que a declare como inválida (decisão em controle difuso ou concentrado, resolução do Senado após decisão do STF, dentre outras).

Adicione-se também que a modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF terá o condão de afetar a vigência da norma que vier a ser declarada inválida, na medida em que, ao estabelecer os marcos temporais nos quais aquele instrumento teve aptidão para produzir efeitos, a Corte assinalará o período em que a norma teve vigência³⁶.

1.6 – Eficácia: a aderência das normas aos três planos

A eficácia pode ser tida como a efetiva aplicação da norma aos fatos ocorridos no mundo concreto, cuja consequência é produção dos efeitos jurídicos pré-estabelecidos. Assim, sendo válida e estando em vigor, a norma poderá ser aplicada.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 453.

³⁶ Esse tópico será objeto de exposição detalhada mais adiante, ao analisarmos a produção de efeitos das decisões com efeito vinculante.

Por conseguinte, a eficácia poderá ser enfrentada sob o prisma da sua capacidade de disciplinar as diversas situações verificadas.

Seguindo a lições de PAULO DE BARROS CARVALHO³⁷, a eficácia pode ser analisada sobre três perspectivas: i) jurídica, verificada a ocorrência da situação hipotética descrita no antecedente da norma, serão projetados os efeitos previstos no consequente. É a causalidade jurídica; ii) técnica, que é a qualidade da norma, consistente na possibilidade de descrever condutas que, uma vez verificadas, poderão gerar efeitos jurídicos; e, por fim, iii) social, que decorre da verificação, no plano dos fatos havidos na sociedade, de que as consequências previstas no consequente da norma são efetivadas, o que ocorre sempre que as condutas estabelecidas forem observadas pelos seus destinatários.

1.7 – Incidência normativa e aplicação do direito

Considerado o sistema do direito positivo como o conjunto de normas válidas em determinado território (espaço) e num dado momento (tempo), tem-se nos textos dos enunciados prescritivos o ponto de partida para a construção das normas que culminarão com o ato de aplicação do direito.

Os suportes físicos são, pois, o ponto de partida para que a autoridade competente obtenha a norma geral e abstrata e, constatado que a situação hipotética prescrita ocorreu, esse será o gatilho para a criação da norma individual e concreta, documento que disciplinará a relação jurídica respectiva.

Feitas tais ponderações, pode-se afirmar que a incidência ocorre no momento em que a autoridade competente, conforme disposto pelo direito positivo, constrói, mediante emprego da linguagem definida pelo direito, a partir da norma geral e abstrata, a norma individual e concreta, que representará o ato de aplicação da norma jurídica.

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 459-461.

A subsunção do fato à norma é o perfeito enquadramento do fato verificado à descrição hipotética contida no antecedente da norma geral e abstrata. Denomina-se tipicidade esse perfeito enquadramento do fato à descrição da norma geral e abstrata.

Verificada a subsunção do fato à norma, este poderá ser juridicizado com a elaboração da norma individual e concreta, a qual instaurará a relação jurídica entre os sujeitos e, por consequência, serão imputados os efeitos jurídicos estabelecidos no consequente da norma geral e abstrata entre eles.

A implicação vem a ser o resultado do ato de incidência/aplicação da norma, que pressupõe a subsunção e implica na produção dos efeitos jurídicos previstos no direito positivo.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que a incidência é a efetiva aplicação da norma jurídica, pela qual o acontecimento é juridicizado – momento a partir do qual se torna fato jurídico – e, por conseguinte, passa a irradiar os efeitos previstos pelo direito positivo.

Disto deflui que os efeitos da incidência/aplicação da norma dizem respeito à obrigatoriedade de os integrantes da relação jurídica constituída seguirem e se portarem em consonância com o que estiver previsto no consequente da norma individual e concreta. A constituição da relação jurídica permite que os direitos e deveres apontados possam ser exigidos de forma coercitiva, caso não sejam espontaneamente cumpridos.

Se um dos sujeitos descumprir o que estiver previsto no consequente, ensejará a aplicação de uma sanção, que também deverá ser relatada em linguagem, segundo o esquema: dado o descumprimento da consequência C, deve ser aplicada a sanção S.

Assim, pode-se afirmar que, materializada a incidência mediante elaboração da norma individual e concreta e constituída a relação jurídica, o descumprimento da obrigação por um dos integrantes possibilita que o outro possa exigir o seu cumprimento ou a aplicação da sanção. Isto quer dizer, a coercibilidade é um dos efeitos da incidência, pelo qual o inadimplente poderá ser obrigado a cumpri-la de modo forçado.

Para LOURIVAL VILANOVA³⁸, causalidade jurídica seria a relação entre o fato jurídico e os seus efeitos (eficácia, nas suas palavras). E esta relação de causalidade jurídica será constituída pela criação de uma norma. Assim, a causalidade jurídica é a correspondência dos efeitos decorrentes do fato jurídico à norma que constituiu aquela relação.

A incidência normativa diz respeito à criação de uma norma individual e concreta que relata no seu antecedente um acontecimento, qualificando-o como fato jurídico, e constitui a relação jurídica entre determinados sujeitos, que deverão portar suas condutas em sintonia com a previsão contida no consequente.

Com as modificações do sistema do direito positivo pátrio nos últimos anos, em especial no que concerne à introdução de mecanismos que atribuem força vinculante a certos pronunciamentos de órgãos do Poder Judiciário, há importantes reflexos no ato de aplicação da norma jurídica (construção da norma individual e concreta).

Aplicação do direito é a formalização da interpretação dos enunciados prescritivos na linguagem adequada, prevista pelo direito positivo, por uma autoridade competente. Nessa linha, o STJ e o STF, ao concluir julgamentos em regime de recursos repetitivos, refletem, em pequenos textos (súmula do julgamento), o entendimento que prevaleceu a partir da interpretação dos enunciados prescritivos relacionados ao tema apreciado. É uma observação importante: não se deve confundir as súmulas oriundas de julgamentos no regime de recurso repetitivo com súmulas que refletem entendimento jurisprudencial prevalecente em dado momento, na medida em que as primeiras refletem um entendimento que possui força vinculante, ao passo que as segundas apenas indicam um entendimento jurisprudencial majoritário em dado momento, mas não ostentam força vinculante. Isto também ocorre quando o STF julga recursos extraordinários avulsos, uma vez que a existência da repercussão geral da matéria versada, requisito imprescindível ao conhecimento do apelo, implica na atribuição do efeito vinculante ao entendimento alcançado.

Na sequência, os demais órgãos do Poder Judiciário, no ato de aplicação do direito para resolver os processos que lhe são submetidos e construção da norma

³⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relações no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

individual e concreta que regulará aquela relação jurídica, deverão interpretar não apenas os enunciados prescritivos, mas também os textos das súmulas contendo o posicionamento ao qual a lei processual atribui força vinculante.

Esclareça-se que, nessas situações, a autoridade competente (entenda-se, magistrados de primeira e segunda instâncias) deverá interpretar os enunciados prescritivos e a súmula do julgamento de recursos repetitivos ou tema de repercussão geral ao construir a norma individual e concreta.

Portanto, entendemos pertinente afirmar que tais enunciados (súmulas de julgamentos de recursos repetitivos e tema de repercussão geral) se assemelham aos textos do direito positivo, haja vista serem de observância obrigatória pelas autoridades competentes no ato de construção da norma individual e concreta.

1.7.1 – O papel da autoridade competente e crítica à concepção de que a incidência é automática

Seguindo as premissas fixadas, a norma jurídica não incide sozinha e por si mesma, de modo que não concordamos com a assertiva de que a “incidência é automática e infalível”.

Em sentido antagônico, para a linha de raciocínio preconizada por PONTES DE MIRANDA³⁹, a incidência é automática e infalível, pois, segundo sustenta, um acontecimento é juridicizado automaticamente no momento em que ocorre, havendo a incidência nesse instante, independentemente da atuação de uma autoridade. Disto já surgem os direitos e deveres dos indivíduos que dele participam.

Em outras palavras, para PONTES DE MIRANDA, a incidência ocorreu naturalmente e independe da atuação de uma autoridade competente. A aplicação do direito, por sua vez, será verificada quando houver a incidência (automática) e, ainda assim, os indivíduos envolvidos se comportam como se a incidência não tivesse se efetivado.

³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 16-17.

Na nossa visão, em sintonia com a doutrina de PAULO DE BARROS CARVALHO⁴⁰, a incidência se dá quando a autoridade estabelecida pelo direito positivo verte para a linguagem competente o fato, juridicizando-o e dando surgimento à relação jurídica respectiva. Ou seja, verificado no mundo a ocorrência da situação prevista no antecedente da norma geral e abstrata, é imprescindível que este acontecimento seja descrito no antecedente da norma individual e concreta pela autoridade designada pelo direito positivo e, a partir disso, constitui-se a relação jurídica e os sujeitos que a integram deverão observar as consequências estabelecidas.

Da mesma forma, é possível que tenha uma não-incidência, justamente quando a norma jurídica não é aplicada pela autoridade competente, seja por entender que a situação não se enquadra perfeitamente na hipótese descrita, seja por inércia do indivíduo. Ainda que a situação prevista na hipótese da norma geral e abstrata ocorra no mundo fenomênico, se esta não for relatada por uma autoridade competente no antecedente de uma norma individual e concreta, não haverá incidência/aplicação e, por conseguinte, não será constituída a relação jurídica e nem serão produzidos os efeitos estabelecidos pelo direito positivo.

Logo, observa-se a imprescindibilidade da atuação da autoridade competente para elaboração da norma individual e concreta que materializa, na linguagem prevista pelo direito positivo, a incidência e constituição da relação jurídica. Sem esse ato não há incidência e, portanto, produção dos efeitos na ordem jurídica. O ato de incidência exige a atuação da autoridade competente, sem a qual não se tem aplicação do direito.

O direito positivo não atua sobre as situações verificadas no mundo fenomênico de modo automático e independente da prática de ato por um ser humano. Somente um indivíduo poderá interpretar os enunciados prescritivos e, se houver, textos de súmula de julgamento ou tema de repercussão geral, construir a norma geral e abstrata, a partir da qual a norma individual e concreta será criada.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 300-301.

1.8 – Revogação: a retirada da norma do sistema

Sendo as normas jurídicas o resultado da construção obtida a partir da interpretação de enunciados do direito positivo e que, de um mesmo texto, a considerar o sujeito que a constrói, pode-se alcançar normas distintas, verifica-se que o sistema jurídico admite a existência do conflito de normas e, por tal motivo, prevê mecanismos para sua solução.

E a revogação de uma norma jurídica ocorre justamente quando uma autoridade competente produz um novo ato de fala e cria norma jurídica nova em substituição à outra existente. Com isso, a norma inicial perde a capacidade de regular condutas a partir do átimo temporal apontado na norma nova. Em outras palavras, surge uma nova norma que assumirá o lugar do instrumento anterior, a partir do momento em que esse novel mecanismo dispuser.

Destarte modo, ao menos em uma análise inicial, com a edição da norma revogadora, a norma revogada perde a capacidade de produzir efeitos e disciplinar as situações que se verificarem a partir daquele momento. Com isso, do instante em que a norma revogadora foi introduzida no sistema em diante, a norma revogada não poderá mais ser aplicada. Esse aspecto é bem delimitado por TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM:

Vê-se de plano que a “revogação” de uma “norma” passa por várias etapas até que seja definitivamente expulsa do sistema. Isso se passa porque o ato de fala revogador, quando visto pelo espectro perlocucionário, não atua diretamente sobre a vigência ou a validade do enunciado revogado, mas principia o ataque à impossibilidade de aplicação do enunciado revogado para a criação de enunciados-enunciados cujo tempo seja posterior ao tempo do ato de fala revogatório.

Por isso, a melhor forma de se enxergar o fenômeno da revogação é na sucessão de atos perlocucionários no tempo linguísticos. Primeiro, ataca-se a aplicação e, somente em tempos posteriores, a vigência e a validade são acometidas.⁴¹

Ademais, no que diz respeito à vigência da norma revogada, algumas ponderações são relevantes. Com a introdução da norma revogadora, a norma revogada não perde a sua vigência imediatamente, visto que, para situações

⁴¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 188.

concretizadas no período anterior, a norma revogada continuará ostentando a aptidão para produzir efeitos. Com isso, a norma revogadora será vigente para os fatos pretéritos à sua revogação, o que não ocorrerá em relação ao futuro, cuja capacidade de produzir efeitos terá se esvaído.

No que tange à validade da norma revogada, para o período anterior à criação da norma revogadora, a primeira continua plenamente válida. Somente em relação aos acontecimentos que sobrevierem após a criação da norma revogadora é que se pode afirmar que a norma revogada perderá a sua validade. Isto é, a norma revogada não poderá ser utilizada como instrumento para sustentar a criação de normas individuais e concretas.

Logo, preconizamos que a revogação pode operar de duas formas: i) tanto no plano da expressão (S1), mediante a criação de norma jurídica que impeça a construção de normas jurídicas a partir de um texto específico do direito positivo. É algo equivalente à retirada do texto do sistema do direito positivo; como ii) no plano das normas jurídicas em sentido estrito (S3), por intermédio da indicação de que certa interpretação (norma jurídica) obtida não poderá mais regular condutas. Nessa segunda situação, a nova norma jurídica estabelecerá o modo como o enunciado prescritivo deverá ser interpretado e indicará que uma dada interpretação não será mais admitida.

Há, entretanto, um aspecto que tem ganhado maior relevância e que apresenta desdobramento significativo no tocante à validade e à vigência da norma revogada. Com a autorização para que o STF e os Tribunais Superiores, quando concluir o julgamento de recursos repetitivos, modulem os efeitos de suas decisões, algumas consequências importantes podem emergir.

Primeiro, se o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma, a consequência será o reconhecimento de que é incompatível com o sistema no qual foi inserida. Se a norma é inválida, deverá a Corte disciplinar também os reflexos dessa decisão – que constitui um tipo de revogação – sobre as situações reguladas com base na interpretação do enunciado prescritivo tido por inconstitucional, na medida em que normas individuais e concretas foram construídas no período em que

o enunciado era válido de forma presumida, de modo que possuiu vigência e foi aplicado.

Uma alternativa de solução para a questão é a declaração de que a norma inválida, justamente por ser contrária ao ordenamento, não poderia ter produzido efeitos, razão pela qual as normas individuais e concretas construídas a partir da sua interpretação deverão ser revogadas. Ou seja, com base na decisão do STF, outras normas individuais e concretas deverão ser editadas para substituir a norma decorrente da interpretação considerada inválida. Nessa situação, infere-se que a solução apresentada pelo STF, para o passado, afeta a eficácia técnica da norma, pois retira a possibilidade de descrever condutas que, uma vez verificadas, poderão gerar efeitos jurídicos. Concernente ao futuro, a declaração de que a norma é inválida resulta na impossibilidade de ter vigência e, por conseguinte, aptidão de produzir efeitos.

Em outro prisma, se houver a modulação dos efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, as consequências provenientes desse ato são diferentes. Para explicar, tomamos como premissa que o STF resolver calibrar os efeitos da decisão e assentou que o novo entendimento deverá produzir efeitos a partir da data do julgamento, porém, resguardando a possibilidade de aplicação da posição vencedora às ações ainda em curso. Disso, tem-se que, para os sujeitos titulares de ação questionando a constitucionalidade da norma declarada a inconstitucional pelo STF, a restrição temporal ao alcance da decisão não se aplicará.

Nessa perspectiva, para aqueles que possuem ação em curso e cuja restrição temporal dos efeitos será aplicável, o racional exposto anteriormente – hipótese em que não há modulação de efeitos – deve ser observado. Ou seja, as normas individuais e concretas construídas a partir da interpretação da norma declarada inconstitucional deverão ser revogadas e substituídas por novas tomando como parâmetro a decisão do STF.

No entanto, em relação aos que não são titulares de ação e cuja decisão do STF não poderá retroagir, ainda que a Corte tenha declarado a inconstitucionalidade da norma, essa manifestação somente poderá afetar o futuro. As normas individuais e concretas criadas sob o referencial da norma inválida serão confirmadas e, ainda

que aquelas não estejam em sintonia com o ordenamento, por força da norma produzida pelo STF (a que modulou os seus efeitos), não poderão ser substituídas.

Nesse cenário, da data do julgamento do STF em diante, a norma inválida perderá a sua vigência, uma vez que não terá mais aptidão de produzir efeitos, o que, por certo, também afetará a sua eficácia.

Capítulo 2 – A função do STF e do STJ

2.1 – Decisão judicial, jurisprudência e aplicação do direito

As decisões proferidas por órgãos do Poder Judiciário refletem uma das formas de aplicação do direito, essas no contexto de uma disputa, que podem ser decorrentes de um conflito entre particulares ou particulares e um ente da Administração. Isto quer dizer, há uma situação subjacente na qual as partes disputam qual o melhor sentido a ser empregado aos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis e a autoridade jurisdicional, que detém a competência para tanto no ordenamento pátrio⁴², é chamada para resolver a contenda.

Ressalte-se que, na modalidade de controle de constitucionalidade abstrato, não há propriamente um conflito concernente à aplicação de certo dispositivo a um acontecimento verificado na sociedade. Aqui, o debate acerca da adequação da norma nova às prescrições constitucionais vigentes é empreendido abstratamente, descolado de uma situação particularizada posta ao crivo do Poder Judiciário para resolução. É certo que a submissão da questão ao STF demonstra que existe um debate quanto à compatibilidade do dispositivo novo à Constituição Federal, porém, o traço distintivo é percebido porque a Corte, ao decidir a respeito do tema, não resolverá um conflito individualizado, mas tão somente fornecerá a interpretação que deverá ser adotada.

A decisão constitui-se como uma manifestação da autoridade competente que diz quais os termos que deverão ser observados na relação jurídica entre as partes envolvidas. Por intermédio da decisão judicial, constrói-se a norma individual e concreta que disciplinará a relação especificamente considerada. No desempenho dessa função, o magistrado possui margem de liberdade para, uma vez desenhado o cenário fático da disputa, construir a norma que deverá ser seguida.

⁴² Pondere-se que, no ordenamento brasileiro, admite-se outras formas de resolução de conflitos, como a arbitragem. Porém, a atuação do Poder Judiciário é o meio verificado na grande maioria dos casos. Além disso, para os fins do presente trabalho, são relevantes os pronunciamentos emanados de órgão do Poder Judiciário, razão pela qual não enfrentaremos a temática concernente à resolução de conflitos por outras vias.

A produção das decisões, e aqui nos restringimos às judiciais, deve seguir critérios e requisitos postos pelo sistema.

Primeiro, deverão ser observadas as disposições que tratam da competência dos órgãos do Poder Judiciário para apreciar cada tipo de demanda. São vários critérios para definição da competência, tais como: i) a especialização da justiça por matéria – Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, por exemplo; ii) a territorial – devem ser observados os limites geográficos de atuação; e iii) o pessoal – especialmente quando envolver processos tendo como parte autoridades que detêm foro por prerrogativa da função que exercem.

Além disso, o procedimento estabelecido para os diversos tipos de processo é aspecto de grande relevância, na medida em que o atendimento aos requisitos previstos para cada modalidade, bem como a observância de todas as etapas e atos, é condição de validade da norma individual e concreta exarada ao final. Como tivemos oportunidade de afirmar no Capítulo I, a validade diz respeito à relação de pertinencialidade da norma ao sistema no qual é inserida. O respeito ao procedimento estabelecido surge, portanto, como elemento indispensável para que a norma obtida seja válida. Dessa forma, o cumprimento do procedimento desenhado para cada tipo de processo – o que dependerá da matéria em debate, das partes envolvidas, do valor em discussão – é condição necessária para que a norma individual e concreta possa irradiar os efeitos pertinentes.

A Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, prevê que todas as decisões proferidas por autoridades do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas. O dever de fundamentação da decisão é condição de validade e permite também o exercício, por aquele que se sentir afetado pelo ato, do contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais asseguradas a todos. Nessa seara, possibilita-se também que seja dada efetividade à garantia do duplo grau de jurisdição, permitindo-se que o indivíduo atingido pela decisão possa conhecer das razões que conduziram à posição refletida no ato e, com isso, demonstrar os motivos pelos quais o entendimento mais consentâneo com o sistema seria outro.

O tipo de fundamentação exigida para as decisões judiciais – inclusive algumas emanadas de órgãos da Administração com função atípica de julgamento,

ou controle da legalidade – tem evoluído com o passar dos anos e sendo diretamente afetado pela previsão de que determinados pronunciamentos dos Tribunais Superiores possuem efeito vinculante. Neste particular, admite-se, atualmente, que decisões proferidas por juízos de 1º e 2º graus possuam brevíssima fundamentação, desde que a moldura fática subjacente seja idêntica à de um caso decidido pelo STF ou STJ sob o rito dos recursos repetitivos, cuja consequência será a possibilidade de invocação do precedente⁴³ e, com isso, dar-se por cumprido o requisito de motivação.

Com efeito, nessa situação, a parte que não concordar com o entendimento externado terá duplo desafio, visto que deverá demonstrar em que medida a sua situação é distinta da que compôs o caso apreciado pelo Tribunal Superior, o que, se obtido êxito nesse intento, implicará na impossibilidade de aplicação do entendimento proveniente do julgamento de recurso repetitivo. E, no segundo momento, a exposição das razões que conduzem ao acolhimento da sua pretensão, isto é, que a interpretação por ela obtida é a que deve prevalecer.

Destarte, uma vez proferida a decisão observando os critérios previstos para que seja considerada válida, essa refletirá um ato de aplicação do direito e, pois, uma norma individual e concreta, cujo escopo é disciplinar a relação jurídica entre os sujeitos que integraram os polos da demanda. Ainda que o sistema atual preveja situações nas quais a decisão decorrente do julgamento de alguns instrumentos possua efeito vinculante, não se pode negar que, para que tenha aptidão de regular certa relação jurídica, é imprescindível que o entendimento a ser seguido esteja refletido em uma norma individual e concreta.

Portanto, para assinalar com clareza a distinção pretendida nesse item, a decisão é o ato específico de aplicação do direito e definição dos critérios que nortearão dada relação jurídica.

De outro lado, a jurisprudência deve ser compreendida como o conjunto de decisões (particularizadas, pois) que seguem idêntica linha interpretativa. Em outras palavras, se for possível identificar um aglomerado de decisões que refletem o mesmo

⁴³ Em tópico específico, apresentaremos considerações mais aprofundadas a respeito do tema, inclusive com críticas ao que a legislação brasileira considera como precedente.

entendimento, poder-se-á fazer referência a jurisprudência. EVARISTO ARAGÃO SANTOS pondera:

Importa perceber, aqui, que a acepção corrente em torno do termo 'jurisprudência' traz intrínseca a ideia de conjunto. Essa me parece ser a nota distintiva essencial: a pluralidade de decisões. Desde a massa de pronunciamentos produzida pelo Judiciário até um grupo uniforme de manifestações a respeito de determinado tema, o que temos, sempre, é um conjunto de decisões. Quando todas espelham um mesmo entendimento a respeito de determinada questão, comumente se adjetiva essa linha constante de entendimento de 'corrente' jurisprudencial ou de 'jurisprudência dominante'.⁴⁴

Destarte, é importante que se tenha presente a distinção entre decisão judicial em si (resultante de um ato particularizado de aplicação do direito e, pois, criação de uma norma individual e concreta) e jurisprudência, expressão empregada para sinalizar a existência de um conjunto de decisões que externam idêntica linha interpretativa.

A invocação da jurisprudência com o desiderato de sustentar um determinado raciocínio assume contornos eminentemente retóricos, na medida em que esse coletivo de pronunciamentos não significa que o entendimento acolhido por alguns órgãos de tribunais é vinculante. E isso é confirmado pela circunstância de, enquanto um tema específico não for definido por qualquer dos instrumentos dotados de efeito vinculante, o indicativo de que um raciocínio tem sido aceito por número significativo de tribunais reforça a argumentação. Porém, não é garantia de que o julgamento pelos Tribunais Superiores com efeito vinculante refletirá a posição majoritária em outras instâncias.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 926, reza que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". O preceito, com evidente conteúdo programático, externa a intenção das autoridades competentes pela edição do enunciado prescritivo de que os tribunais tenham uma jurisprudência consistente e que proporcione segurança jurídica, possibilitando-se que a sua posição seja aferida da análise da sua jurisprudência e, com isso, tenha o condão de nortear a atuação dos indivíduos que estão sujeitos à sua jurisdição.

⁴⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 142.

A invocação do termo jurisprudência está ligada a aspecto mais retórico, dada a impossibilidade de se alcançar uma uniformidade e inclusive porque se admite a existência de jurisprudência com interpretações antagônicas. Por se um coletivo e representar um grupo de decisões em certo sentido, não há equívoco na assertiva de que poderá haver jurisprudência a favor e contra uma linha interpretativa.

Daí que, ao aludir a precedentes com força vinculante, lida-se com instrumento distinto, até porque, e conforme será tratado em seção própria deste trabalho, o modelo adotado pelo Brasil denomina como precedente vinculante a decisão tomada no julgamento de certos instrumentos, o que, inclusive, pode sequer se referir a uma decisão prévia, evidenciando uma contradição terminológica. Apesar disso, os pronunciamentos resultantes desse tipo de julgamento assumirão grande relevância no sistema pátrio.

2.2 – O papel do STF

2.2.1 – Competência enquanto intérprete da Constituição

O STF ocupa no ordenamento jurídico brasileiro a função de apresentar a interpretação final no tocante às disposições constitucionais. Podemos afirmar que essa é a sua principal competência, que também é complementada pela atuação em julgamento de competência originária, especialmente quando envolve sujeitos que possuem por prerrogativa da função que exercem.

Como Corte Constitucional, o STF exerce o controle de constitucionalidade – nos tópicos subsequentes, trataremos com mais detalhe dessa função e as suas modalidades – de todas as normas construídas com base nos enunciados prescritivos introduzidos no sistema do direito positivo pátrio. A compatibilidade das normas construídas com a interpretação mais adequada da Constituição Federal é importante meio para aferição da validade dessas perante o ordenamento pátrio, daí a relevância do papel da Corte que o ápice da estrutura do Poder Judiciário pátrio.

É importante destacar que os Estados democráticos, em sua grande maioria, possuem como base do seu ordenamento jurídico a Constituição, a qual traça as

linhas gerais acerca da estrutura daquele ente, os seus órgãos e respectivas atribuições, a forma de governo, os direitos e garantias individuais e coletivos, dentre outras matérias essenciais à sua formação. É na Constituição que estão prescritas as regras fundamentais da organização do Estado⁴⁵, bem como outros temas que o Poder Constituinte originário reputar relevante.

Nessa linha, a interpretação fornecida pelo STF constitui não apenas instrumento de controle da validade das normas introduzidas no ordenamento, mas como relevante papel para assegurar a preponderância e os valores indicados pelo poder constituinte originário.

Nessa toada, o recurso extraordinário, em adição às ações de competência originária para exercício do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, é o principal veículo para deflagrar a competência do STF e permitir que a Corte apresente a interpretação mais adequada de dispositivos da Constituição Federal. Esse recurso é originário de qualquer processo no qual as partes debatem a respeito de qual interpretação dos enunciados prescritivos deve prevalecer para a sua solução e, além disso, poderá emergir a discussão acerca da compatibilidade de certa interpretação ao texto constitucional.

Porém, muito embora o recurso extraordinário seja proveniente de uma disputa entre particulares, o STF não atuará propriamente para resolver o caso individualmente considerado. Não é essa a função precípua da Corte, que se ocupa em apresentar a interpretação adequada dos enunciados prescritivos utilizados na construção da norma individual em concreta em face do texto constitucional⁴⁶. Tanto é que a atuação da Corte somente é inaugurada quando o tribunal de segundo grau ou mesmo o STJ tiverem efetivamente apreciado a questão constitucional subjacente e o STF dirá, ao final, qual a interpretação adequada e que prevalecerá.

Essa forma de atuação, focada unicamente na apreciação da questão constitucional, retirada de um caso concreto e enfrentada tão somente levando em conta o direito aplicável (abstratamente), recebeu a denominação de função

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 3.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. vol. V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 588.

nomofilática⁴⁷ pela doutrina. Diz-se nomofilática porque o papel primordial da Corte Constitucional é o de fazer o controle de constitucionalidade das normas construídas de forma abstrata, cuja atenção é canalizada para as questões de direito envolvidas e conforme a moldura estabelecida pela instância inferior.

O contraponto é função dikelógica, segundo a qual a Corte atuaria tanto para solucionar o ponto concernente à mais adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, quanto para tutela do interesse das partes envolvidas na relação processual. Porém, após a introdução do requisito da repercussão geral da matéria a ser tratada no recurso extraordinário⁴⁸ – que também receberá exposição específica em tópico próprio –, verifica-se que, mesmo nas típicas situações em que a Corte atuaria no exercício do controle de constitucionalidade concreto e difuso, fornecendo a interpretação final, os julgamentos realizados se preocupam tão somente com as questões de direito e que tem o condão de afetar um grande número de interessados.

Infere-se, portanto, que, hodiernamente, o STF exerce a função nomofilática. E com isso não estamos afirmando que a Corte não é sensível ao pleito veiculado pelas partes que compõem a relação processual. Com efeito, o STF aprecia o tema e, ao final, a interpretação alcançada será utilizada para a resolução dos processos individualmente considerados. Com a abstrativização dos seus julgamentos, há um descolamento da matéria de direito constitucional do processo individualmente considerado, uma vez reconhecida a existência da repercussão geral do tema tratado, e o enfrentamento da questão de forma mais abrangente, inclusive com a participação de terceiros interessados. Ao final, concluída a apreciação, o entendimento que prevalecer será adotado para solucionar o processo individual.

2.2.1.1 – Controle de constitucionalidade

Em razão da Constituição se encontrar no ápice do ordenamento jurídico, todos – sem admitir exceções – os enunciados prescritivos e as normas construídas

⁴⁷ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual aos recursos dirigidos ao STF e STJ*. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 121.

⁴⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 332.

a partir da sua interpretação e da legislação infraconstitucional, para que possam ser considerados válidos e, conseqüentemente, tenham aptidão de produzir efeitos, devem guardar estrita conformidade com o fim colimado pela Constituição. Essa última assertiva assume posição de destaque porque, em certas ocasiões, pode haver confronto entre princípios e/ou regras insertas na Constituição Federal e, no caso concreto, deverão ser perquiridos todos os valores envolvidos e o objeto jurídico protegido para que se alcance uma solução conforme a Constituição, isto é, seja dada prevalência ao valor hierarquicamente superior.

O respeito estrito aos comandos da Constituição constitui, pois, medida de segurança jurídica, haja vista o fato de que a Lei Fundamental do Estado prescreve as normas essenciais do Ordenamento e qualquer violação às suas determinações caracteriza grave ofensa às suas bases fundamentais. Não é por outro motivo que as normas eivadas de vícios frente à Constituição, independentemente de onde tenham originadas, são inválidas, isto é, a declaração de inconstitucionalidade possui efeito *ex tunc* (retroativo), o que, ao menos em tese, implica na retirada do mundo jurídico de todas as conseqüências decorrentes da observância da norma inconstitucional. Na prática, após a declaração de inconstitucionalidade da norma, dever-se-ia restaurar a situação anterior.

LUÍS ROBERTO BARROSO traz importante contribuição sobre a matéria, asseverando que admitir que uma lei inconstitucional possa regular certa situação é negar vigência à própria Constituição:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.⁴⁹

Entretanto, e isso será objeto de enfrentamento mais a frente, com a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, o passo seguinte deverá

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 16.

ser a indicação, pelo mesmo Órgão Julgador, das consequências decorrentes desse julgamento.

Muito embora o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou norma afastar os efeitos das condutas pautadas nesse comando (efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade), estes trazem consigo a presunção de constitucionalidade, desde que emanadas do órgão competente para tanto e consoante o rito previsto. Isto quer dizer que, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo órgão competente, tais determinações precisam ser observadas, conforme observa ROBSON MAIA LINS:

Assim é a validade das normas jurídicas. Postas no sistema, mesmo que por órgão incompetente e em desacordo com procedimento previsto, ou, violando cláusula pétrea, somente quando retirada do ordenamento é que podemos dizer, em juízo jurídico de valor, que a norma é inválida. Quando o Legislativo produz norma jurídica geral e abstrata, criando tributo, por mais absurdo que seja a norma, por mais que qualquer estudante de direito com parcos conhecimentos jurídicos possa apontar vários vícios de inconstitucionalidade, é o sistema jurídico que aponta órgão e procedimento de constituição de declaração de inconstitucionalidade da norma “jurídica”.⁵⁰

Assim, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade das leis e normas é, de fato, a perquirição da sua validade perante o sistema no qual foi inserida. Neste aspecto, oportunas são as palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO:

A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’a norma ‘N’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’.⁵¹

Porém, não basta que a lei seja inserida no sistema jurídico (observada a competência e o procedimento) para que discipline as relações sociais. É imprescindível que tenha vigência, a qual, nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, “é o atributo da norma que está preparada para incidir no mundo social, regulando deonticamente as condutas intersubjetivas”⁵². Em outras palavras, ter vigência quer dizer que a lei introduzida no sistema está apta a produzir efeitos.

⁵⁰ LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: Decadência e Prescrição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. p. 80.

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 5ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2013. p. 450-451.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 103.

Logo, o simples fato de ter ingressado no sistema e enquanto não for declarada a sua inconstitucionalidade, significa que são (estão) válidas. Por essa razão, a observância do comando é imperativa.

Por outro lado, a presunção aludida é afastada no momento em que órgão competente reconhece (declara) a sua inconstitucionalidade, instante em que atesta que a norma é inválida. A consequência disto, à primeira vista, seria a desconsideração de todos os atos praticados em consonância com aquela norma e a retirada da sua vigência para o futuro. Ou seja, reconhece-se que a justificativa para a observância da norma no passado era a presunção de sua validade, que foi rechaçada, razão pela qual, se é inválida, as condutas respaldadas no comando deveriam ser desconsideradas.

Nessa linha de raciocínio, declarada a inconstitucionalidade/invalidade da norma, deverá a nova norma disciplinar as consequências decorrentes desse ato e permitir que os sujeitos envolvidos naquela relação jurídica pautem suas condutas em conformidade com este ato.

2.2.1.1.1 – Concentrado e abstrato

O controle abstrato de constitucionalidade é de competência exclusiva do STF (também denominado de concentrado, por ser exercido por um único órgão), no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (art. 103, da Constituição). Teoricamente, há divisão entre controle de constitucionalidade concentrado e abstrato é passível de ser realizada, sendo o primeiro para se referir ao que é efetivado unicamente pelo STF; e o segundo apreciação da adequação da norma à Constituição Federal descolada de um caso específico a ser solucionado.

O exercício dessa espécie de controle de constitucionalidade é bastante peculiar, a começar pelo fato de que o STF analisa a conformidade da lei à Constituição Federal em abstrato, isto quer dizer, não há lide a ser solucionada e há

pronunciamento em tese⁵³ acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado.

Destarte, justamente por se tratar de pronunciamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em tese e inexistir lide, o processamento das ADI e ADC é regulado por lei específica (Lei 9.868/99) e assume contornos que o particulariza.

A competência para apreciação das ADI e ADC é exclusiva do STF. Com relação à legitimidade para a propositura da ADI (art. 2º, da Lei 9.868/99), são impostas várias limitações, podendo ser ajuizada: a) pelo Presidente da República (I); b) pela mesa do Senado Federal (II); c) pela Mesa da Câmara dos Deputados (III); d) pela Mesa de Assembleia Legislativa ou pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (IV); e) pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal (V); f) pelo Procurador-Geral da República (VI); g) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (VII); h) por partido político com representação no Congresso Nacional (VIII); e, i) por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (IX).

Afigura-se correta a restrição ao número de legitimados à propositura da ADI, pois é meio de análise de constitucionalidade de leis ou atos normativos excepcional, cujos efeitos da decisão são *erga omnes* (art. 28, par. único, da Lei 9.868/99), razão pela qual as entidades e órgãos legitimados necessariamente precisam ser representativos de grande parte da sociedade.

Após a propositura da ADI, o Ministro relator requisitará informações ao órgão do qual a lei ou ato normativo emanou (art. 6º). Excepcionalmente, tendo em vista a relevância da matéria a ser apreciada, poderá o Ministro relator admitir a manifestação de entidades ou órgão representativos (art. 7º, § 2º) – *amicus curiae*.

Outrossim, caso haja pedido de concessão de medida cautelar, poderá o STF deferi-la, para o fim de suspender a vigência⁵⁴ da lei combatida, a qual terá efeitos *erga omnes* e *ex nunc* (não retroativa) - art. 11, § 1º -, exceção na hipótese de a Corte entender pela concessão com efeitos retroativos. Por consequência, após o

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 50-51.

⁵⁴ A Lei nº 9.868/99 utiliza a expressão “eficácia”, mas, conforme premissas fixadas anteriormente, entendemos que se suspende a vigência do preceito impugnado.

deferimento da medida cautelar e antes do julgamento definitivo da ADI, aplicar-se-á a legislação anterior (art. 11, § 2º).

Importante salientar que a prudência norteou o legislador ordinário no momento da elaboração dos dispositivos que possibilitam a concessão de medida cautelar em ADI, eis que, por se tratar de análise perfunctória, os seus efeitos obrigatoriamente são *ex nunc*. A *contrario sensu*, o legislador reforça o entendimento de que o dispositivo declarado inconstitucional é tipo por inválido na apreciação da sua conformidade (ou pertinencialidade) com a Constituição Federal. Isto porque, com a apreciação da medida cautelar não houve o pronunciamento definitivo acerca da inconstitucionalidade do preceito, conseqüentemente, os efeitos dessa decisão não podem ser os mesmos daquela que julga definitivamente pela inconstitucionalidade, esta sim dotada de efeitos *ex tunc*, regra geral.

Por outro lado, os legitimados para propor a ADC (art. 13) são: a) o Presidente da República (I); b) a Mesa da Câmara dos Deputados (II); c) a Mesa do Senado Federal (III); d) o Procurador-Geral da República (IV).

O legislador reza que a ADC poderá ser proposta quando existir “controvérsia relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III), a qual deverá ser indicada na petição inicial.

A Lei 9.868/99 não prevê a possibilidade de *amicus curiae* em ADC, mas o STF tem admitido a manifestação de entidades representativas e que possuem grande interesse na discussão da matéria⁵⁵.

Na ADC, também pode existir pedido de concessão de medida cautelar, a qual, se deferida, tem o condão de determinar que “os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo” (art. 21). Ocorre que, se o STF não julgar a ADC em 180 (cento e oitenta) dias, a medida cautelar perderá a sua eficácia (art. 21, § 1º).

Após o devido processamento, a ADI e a ADC são submetidas à apreciação do Plenário do STF, em sessão com a presença de, no mínimo, 8 (oito) Ministros, que

⁵⁵ Por exemplo, na ADC 18 – DF, o Relator, Ministro Celso de Mello, deferiu, como *amicus curiae*, a inclusão de várias entidades.

decidirá pela constitucionalidade do preceito impugnado, julgando procedente a ADC e improcedente a ADI; ou pela inconstitucionalidade, com a improcedência da ADC e procedência da ADI.

Ressalte-se que a decisão tomada pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade é irrecorrível, exceto quanto à oposição de Embargos de Declaração, e não pode ser objeto de Ação Rescisória (art. 26).

Por fim, cumpre reforçar que as decisões oriundas de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e vinculante no tocante ao Poder Judiciário e órgãos da Administração (art. 28, par. único).

2.2.1.1.2 – Difuso e concreto

Ao contrário do que sucede no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações próprias para o alcance desse mister; no controle difuso e concreto de constitucionalidade, todos os juízes e tribunais podem, quando da apreciação das lides que lhes são submetidas, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Aqui também podemos fazer uma distinção entre controle de constitucionalidade concreto e difuso, cujo critério é a existência de uma controvérsia a ser solucionada (primeiro) e possibilidade de ser desempenhado por quaisquer dos órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário nacional (segundo).

O direito de ação é assegurado a todos aqueles que se sentirem lesados ou ameaçados no tocante ao exercício do seu direito (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição). Logo, todo aquele que entender que direito seu está sendo violado, pode propor a ação adequada e requerer seja, incidentalmente, declarada a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo.

A ação segue o seu curso regular e o juiz de primeira instância pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Sucessivamente, se houver interposição de recurso de apelação, a questão será apreciada pelo Tribunal

competente; caso seja cabível recurso especial, competirá ao Superior Tribunal de Justiça analisar; e, por fim, o Supremo Tribunal Federal pronunciará definitivamente sobre a matéria.

Dessa forma, se o Plenário do Supremo Tribunal Federal pronunciar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo, os efeitos da decisão, a princípio, serão apenas entre as partes envolvidas naquela relação processual.

Com efeito, para que a decisão pela inconstitucionalidade dispositivo de lei ou ato normativo, oriunda de controle concreto de constitucionalidade, tenha efeitos *erga omnes*, é necessário que o Senado Federal elabore Resolução suspendendo a execução da parte da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Ocorre que, após a introdução do instituto da repercussão geral da matéria constitucional a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e da possibilidade dessa Corte editar Súmula Vinculante que reflita o posicionamento consolidado sobre determinado tema, reforçou-se o entendimento de que as decisões emanadas do Plenário surtem, na prática, efeitos *erga omnes*.

Tal conclusão pode ser verificada no excerto do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Questão de Ordem suscitada no Recurso Extraordinário 353.657-5/PR⁵⁶, levado a efeito em junho de 2007. Ou seja, é um entendimento que vem ganhando maior espaço há alguns anos. Veja-se pequeno trecho:

De fato, embora estejamos tratando, aqui, de processos subjetivos, a verdade é que, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*. Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes, chamou atenção, no citado pronunciamento, para a circunstância de que, 'se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedido idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias.'

No tópico seguinte, no qual trataremos com mais detalhe do instituto da repercussão geral, este aspecto será endereçado sob a ótica do que se tem

⁵⁶ Julgamento realizado em 25/06/2007. Acórdão extraído do sítio www.stf.jus.br.

denominado de abstrativização do julgamento do recurso extraordinário avulso⁵⁷, haja vista o efeito expansivo⁵⁸ (e geral) das decisões tomadas pelo Plenário do STF.

Portanto, na prática, as decisões pela inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo em controle concreto de constitucionalidade, tomada pelo Plenário do STF, também possuem efeitos *erga omnes*, uma vez que essa mesma solução será aplicada aos casos idênticos e a possibilidade de a Corte vir a apreciar a matéria no curso espaço de tempo é bastante reduzida.

2.2.2 – Mecanismos e instrumentos para construção da jurisprudência

2.2.2.1 – Repercussão geral

O instituto da repercussão geral, como mais um dos requisitos formais que possibilitam o conhecimento do recurso extraordinário a ser apreciado pelo STF, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004 (Emenda Constitucional 45/2004). O parágrafo terceiro introduzido ao artigo 102 da Constituição Federal estabelece que o recorrente deverá, na peça recursal, demonstrar que a matéria debatida no caso específico afeta um grande número de interessados, não se limitando aos interesses das partes envolvidas naquele litígio.

Com isso, verifica-se que o instrumento do recurso extraordinário passou a ser um veículo para fazer chegar ao STF questões de grande interesse nacional, uma vez que, se a matéria posta no recurso não tiver o condão de afetar uma quantidade relevante de sujeitos, essa não será apreciada pela Corte. Registre-se que a introdução desse novo requisito contribuiu para realçar o papel de Corte Constitucional do STF, não apenas de mais uma e última instância que poderia vir a ser demandada a resolver certa lide.

Essa ponderação não significa a admissão de que, antes da Emenda Constitucional 45/2004, o STF ostentaria a função singela de apenas mais um degrau

⁵⁷ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 336.

⁵⁸FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 213.

na estrutura do Poder Judiciário nacional a ser percorrido antes do exaurimento completo de todas as possibilidades recursais estabelecidas na legislação brasileira. Ao revés, até porque, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a criação do STJ, as características de Corte Constitucional do STF se tornaram mais evidentes, com a prescrição de rigorosos requisitos para conhecimento do recurso extraordinário e apreciação da matéria veiculada.

Entretanto, a inexistência de um requisito como a repercussão geral, que reflete a adoção de uma nova concepção do Ordenamento Jurídico pátrio – a abstrativização do julgamento de recurso extraordinário –, permitia a chegada de uma infinidade de recursos ao STF para discussão de idêntico tema e, na maioria das oportunidades, de interesse de um número reduzido de indivíduos. É certo que essa circunstância prejudicava – e compromete a atuação da Corte, em especial diante da ainda existente possibilidade, nos Tribunais de 2º grau ou mesmo no STJ, de interposição de Agravo contra decisões que não admitam o processamento do recurso extraordinário – muito a atuação do STF, visto que havia a necessidade de apreciar individualmente todos os apelos que lá desaguavam.

Destarte, com a adição do requisito da repercussão geral, colima-se uma mudança na percepção que se deve ter do STF – de último interprete da Constituição Federal e com competência para solucionar questões constitucionais de grande interesse nacional – e tentativa de reduzir a quantidade de recursos que comprometem o desempenho mais efetivo de suas funções.

Nessa linha, mostra-se de grande importância a definição do que se deve compreender por repercussão geral. A Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2016 (Lei 11.418/2016), que acrescentou o artigo 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, vigente na época da edição da Emenda Constitucional 45/2004, estabeleceu que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. O Código de Processo Civil de 2015, a seu turno, reproduziu o enunciado quase em sua totalidade, diferindo apenas no tocante à expressão “processo” no lugar de “causa”. Para o enfrentamento do tema, nesse momento, a modificação não é relevante.

O elemento que apresenta maior destaque é a imperiosidade de a matéria a ser apreciada pelo STF ultrapassar os interesses das partes que compõem os polos da demanda (transcendência subjetiva). Aqui é possível constatar a intenção de mudar a forma como a Corte deve ser compreendida, de “mais uma instância” na estrutura do Poder Judiciário para o órgão competente para dirimir controvérsias constitucionais importantes e de interesse da sociedade brasileira, não apenas de pequena quantidade de interessados.

A forma de aferição se a matéria veiculada em determinado recurso extraordinário possui ou não repercussão geral e os efeitos decorrentes dessa apreciação evidenciam uma mudança na atuação da Corte. O próprio § 3, do artigo 102, da Constituição Federal, prevê que a admissão do recurso extraordinário está condicionada à prévia aferição da existência da repercussão geral da matéria e a recusa exige manifestação de dois terços dos membros da Corte. O procedimento a ser observado na análise da existência da repercussão geral é disciplinado pelo regimento interno do STF. Em linhas gerais, depois distribuído o recurso extraordinário, o Ministro relator analisará e apresentará sua manifestação, que será submetida à apreciação dos outros membros, atualmente em ambiente virtual, para decisão. TAÍS SCHILING FERRAZ sintetiza esse procedimento que antecede o enfrentamento do mérito pelo STF:

Uma vez definido que a controvérsia constitucional, objeto de recurso determinado, tem relevância, sob algum dos aspectos legais, e que tem as características da transcendência, por carregar a possibilidade de influir na decisão de outros feitos, será ela levada a julgamento de mérito pelo Plenário do STF.⁵⁹

Há situações em que a matéria tratada no recurso extraordinário possui repercussão geral presumida, quais sejam: i) o acórdão recorrido contrariar “súmula ou jurisprudência dominante” do STF (artigo 1.035, § 3º, inciso I, do CPC/2015); ii) o acórdão “tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (artigo 1.035, § 3º, inciso III, do CPC/2015). Nessas circunstâncias, dispensa-se a adoção do procedimento descrito.

Reconhecida a existência de repercussão geral pelo STF, identifica-se a matéria específica que será apreciada pela Corte e, por consequência, os demais

⁵⁹ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25.

Tribunais deverão sobrestar o andamento de novos recursos extraordinários interpostos sobre o tema. Muito embora o § 5º, do artigo 1.035, do CPC/2015, preveja que todos os processos que veiculem a questão considerada de repercussão geral em tramite no território nacional devam ter o processamento suspenso, entendemos que o mais consentâneo com os princípios da celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional seja a paralisação da marcha após, e se houver, interposição de recurso extraordinário no Tribunal de origem. A razão para a adoção desse entendimento está no fato de que, nas instâncias ordinárias, o simples descontentamento do resultado de primeira instância, permite que o interessado interponha recurso de apelação, por força do imperativo duplo grau de jurisdição.

Assim, a despeito de a matéria estar pendente de apreciação, todos aqueles que possuem semelhante discussão – e isso é decorrência lógica de o tema interessar a grande quantidade indivíduos – terão, após a conclusão do julgamento do mérito pelo STF, aquele entendimento reproduzido em suas ações particulares. Daí que, se houver a suspensão de todos os processos no estágio em que se encontram, sendo que muitos poderão ainda estar na primeira instância, o trânsito em julgado será postergado, tendo em vista a faculdade da parte adversa interpor recurso de apelação tão somente para que seja apreciado pela instância superior e postergue o encerramento do processo.

Logo, no nosso entender, reconhecida a repercussão geral de uma matéria, os processos que tratem do mesmo tema deverão ter o seu processamento regular até a interposição de recurso extraordinário perante o Tribunal de 2º grau, instante em que deverá ser sobrestado até a conclusão do julgamento pelo STF. E isso tem uma razão de ser: decidida a questão pelo STF, o órgão competente para a realização do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no Tribunal de 2º grau, determinará a aplicação do entendimento aos processos sobrestados, mediante negativa de seguimento ou remessa para juízo de retratação pelo colegiado que julgou o recurso de apelação.

Em outras palavras, com a adoção dessa medida, assegurar-se-á que, após a conclusão do julgamento no STF, o posicionamento vencedor possa ser aplicado aos demais processos que versem sobre o tema com celeridade e sem a possibilidade

de interposição de novos recursos que teriam o condão de apenas protelar indevidamente o trânsito em julgado.

Infere-se, pois, que, com o reconhecimento da repercussão geral de uma matéria, há um descolamento da apreciação do tema do julgamento do processo específico que possibilitou que a matéria chegasse à Corte. De fato, é pertinente aduzir que, primeiro, o STF decidirá a respeito do assunto constitucional que teve a repercussão geral reconhecida, não se limitando aos fundamentos expostos na peça recursal aviada, podendo também receber contribuições de entidades representativas (*amici curiae*) com notório conhecimento sobre o tema, e, após a conclusão, aplicar o entendimento ao processo individual.

Esse novo modelo de julgamento de recursos versando sobre temas de grande interesse, com a divisão da apreciação da tese em si, guardando grande semelhança com a apreciação inerente ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, para, depois, ser aplicada ao caso específico no qual está em debate e que possibilitou a sua chegada ao STF, recebe a denominação de abstrativização do julgamento de recurso extraordinário avulso.

Os efeitos subjacentes às decisões proferidas segundo essa sistemática são vinculantes para os órgãos do Poder Judiciário, seja porque, i) uma vez aplicado pelo Tribunal de 2º grau, não admitirão a interposição de novo recurso extraordinário, ou mesmo ii) diante da previsão de cabimento de reclamação contra a decisão do Tribunal de 2º grau, desde que exaurida a instância ordinária e, ainda assim, houver relutância na conformidade à posição consagrada pelo STF na repercussão geral.

Nessa ordem, é possível constatar, inclusive, uma importante modificação no tocante ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF nos últimos anos, haja vista o fato de que, decisões proferidas no julgamento de processos subjetivos, mas segundo o regime de repercussão geral, passam a ter efeito semelhante ao oriundo do controle abstrato e concentrado.

Essa nova forma de encarar a atuação da Corte Constitucional decorre da atribuição do chamado efeito transcendente às decisões do STF em controle de constitucionalidade difuso, especialmente quando marcado pela abstrativização. No

voto proferido no julgamento da Reclamação 4.335⁶⁰, o Ministro Gilmar Mendes fornece relevantes subsídios para compreensão do tema e dessa nova fase do controle de constitucionalidade no Brasil:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental.

(...)

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Portanto, concluímos que a introdução do requisito da repercussão geral como elemento adicional a ser verificado para que o recurso extraordinário possa ser conhecido pelo STF, além de tornar a apreciação da matéria constitucional pelo STF mais desafiadora, por exigir que a decisão a ser proferida atinja um número grande de interessados, contribui muito para a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso e concreto.

Num momento que requer a adoção de mecanismos para dar maior efetividade às decisões do STF e com vistas a proporcionar segurança jurídica e tratamento isonômico a litigantes que possuam discussões idênticas, a criação de institutos como o da repercussão geral e a marca da abstrativização dos julgamentos segundo essa métrica são merecedoras de elogio.

⁶⁰ Rcl 4335, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.

2.2.2.1.1 – Requisito jurídico ou político?

Expressamos no item precedente a posição favorável à introdução de instrumentos que contribuam para o aperfeiçoamento dos julgamentos realizados pelo STF e o aumento da efetividade dos seus pronunciamentos, a fim de proporcionar segurança jurídica e tratamento isonômico a indivíduos que se encontram em situação equivalente.

Entretanto, o método de seleção dos temas que serão apreciados pelo STF, ou seja, da identificação daqueles que serão tidos como de repercussão geral, não está isento de questionamentos.

Diariamente, o STF recebe muitos de recursos extraordinários para processamento. Distribuído o recurso, o Ministro relator deverá, de início, verificar se os requisitos formais foram cumpridos pelo recorrente e, se a resposta for positiva e o recurso puder ser conhecido, passa-se à segunda etapa, que é justamente a de avaliar se o tema constitucional veiculado tem repercussão geral (transcendência subjetiva).

Feita a primeira análise da existência ou não de repercussão geral de matéria determinada, o resultado dessa primeira investigação será submetido à apreciação dos outros membros da Corte. Somente será considerado sem repercussão geral aqueles temas que receberem manifestação nesse sentido de dois terços (entenda-se, 8 votos).

É indubitável que a própria Constituição Federal (artigo 102, § 3º) estabelece um critério rígido para que se refute a existência de repercussão geral de um tema em especial. Porém, sempre será possível indagar se a repercussão geral é um requisito jurídico ou político que particulariza os julgamentos do STF.

Não se pode negar que as manifestações do STF são de interesse de toda a coletividade e têm o condão de impactar significativamente a sociedade. Não é sem motivo que, em muitas ocasiões, ao exercer a nobre função de dar a última interpretação acerca dos enunciados da Constituição Federal, o resultado dessa atuação possa vir a ser considerado como semelhante à do Poder Legislativo. Até porque, sendo a sua atividade limitada pela Constituição Federal e a própria Corte a autoridade competente para interpretar a Carta Política, os seus enunciados poderão

ser interpretados e receber a significação e alcance que a maioria dos 11 Ministros entenderem adequada. Por mais absurda ou teratológica que uma interpretação dada pelo STF possa parecer, deverá ser observada, respeitando-se os enunciados que prescrevem o alcance dos seus efeitos.

E é dessa concepção que, não raras vezes, observa-se em julgamentos da Corte a afirmação de que a significação de determinado dispositivo da Constituição Federal é aquela que o STF disser que é. Ainda que o senso comum e as convenções majoritariamente aceitas quanto ao significado de um termo existente no enunciado prescritivo apontem para uma interpretação diversa, a palavra do STF é a que prevalece, dado que o ordenamento jurídico pátrio assim prevê.

Por esse motivo, entendemos que o requisito da repercussão geral, a despeito de sua natureza eminentemente jurídica, dado que colima assegurar ao STF um papel de destaque na sociedade brasileira e de modo que as suas manifestações tenham aptidão de atingir um grande número de sujeitos, contribuindo para que os litígios sejam resolvidos com mais celeridade, também ostenta certa marca política.

O STF não atua de modo hermético ou mesmo sem considerar os acontecimentos verificados na sociedade – muito embora seja frequente a tentativa de refutar essa assertiva –, especialmente porque, ao interpretar os dispositivos constitucionais aplicáveis aos casos sob sua apreciação, as concepções prevalecentes naquele momento são tomadas como premissas.

Aliás, se não fosse assim, como poderia ser justificada a acertada posição externada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, segundo a qual uniões formadas por pessoas do mesmo sexo também devem ser consideradas como família? A colocação se justifica porque o entendimento foi alcançado a partir da interpretação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que estatui que reconhecer-se-ia como entidade familiar a união estável entre homem e mulher. A sociedade hodierna não comporta e não deve admitir discriminações desse jaez, de modo que as uniões homoafetivas devem obrigatoriamente receber idêntico tratamento. A decisão do STF reflete, com grande acerto e medida merecedora de reverência, a concepção que prevalece na sociedade moderna, ainda que o texto

constitucional tenha utilizado termos distintos. Esse, portanto, é um perfeito exemplo da atuação do STF como agente político⁶¹.

Do que foi exposto decorre que o reconhecimento de certa matéria como tendo ou não repercussão geral ostenta uma característica também política, na medida em que a Corte poderá, sob a justificativa de que há ou não transcendência subjetiva da matéria versada, decidir quais temas pretende apreciar.

2.2.2.2 – Súmula vinculante

Outra importante inovação introduzida no Ordenamento Jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 103-A) foi a possibilidade de o STF editar um tipo específico de súmula para refletir o reiterado entendimento da Corte a respeito de determinada matéria constitucional.

As súmulas vinculantes serão aprovadas por decisão de dois terços dos membros da Corte, observado o procedimento específico estabelecido pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (Lei 11.417/2006), após a consolidação e reiteração de decisões em uma mesma linha interpretativa. Uma vez editadas, as súmulas vinculantes deverão ser observadas tanto pelos órgãos do Poder Judiciário quanto pela Administração.

Diferentemente do que ocorre no tocante à outra modalidade de súmula editada pelo STF – que será abordada no item seguinte –, as vinculantes assumem grande força imperativa, tanto que o seu descumprimento, seja por ato administrativo ou decisão judicial, autoriza a propositura de reclamação⁶² perante o STF.

O § 1º, do artigo 103-A, da Constituição Federal, ao pretender definir o objetivo colimado com a edição da súmula vinculante, estatui que essa “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja

⁶¹ Nesse sentido: “É indispensável que o Judiciário atribua sentido aos textos legais e, em outros, garanta a sua concretização nos termos dos valores que presidem a vida social, sem nunca se esquecer de desenvolver o direito segundo as expectativas de evolução da sociedade.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

⁶² Este instrumento processual será tratado com mais vagar no Capítulo 4 deste trabalho.

controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Este preceito contém vários pontos que merecem análise mais detida.

Primeiro aspecto que surge dos contornos traçados pela Constituição Federal acerca das súmulas vinculantes é o relativo à necessidade de reiteração de decisões do STF sobre uma matéria específica. Ressaltamos no tópico precedente que, em virtude da exigência do requisito da repercussão geral do tema tratado no recurso extraordinário para que esse seja conhecido e também por conta dos efeitos das decisões tomadas segundo essa sistemática nos processos em curso, o controle de constitucionalidade difuso e concreto tem se tornado, com o passar dos dias, muito semelhante ao abstrato e concentrado.

A razão dessa afirmação é percebida diante da abstrativização dos julgamentos realizados pelo STF, tendo em vista a apreciação da matéria de maneira isolada do caso concreto que permitiu a sua chegada à Corte e, após a conclusão, aplicação à demanda particular. Além disso, a solução alcançada será reproduzida nos outros processos que veiculem idêntica controvérsia.

Disso já se mostra pertinente a indagação concernente à necessidade, no atual estágio do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, de se exigir decisões reiteradas da Corte para que se aprove a edição de súmula vinculante. Entendemos que a resposta é negativa, visto que, diante do requisito da repercussão geral, em regra, o STF não apreciará a mesma matéria mais de uma vez – exceção feita à rara situação em que o tema for suscitado para que haja uma revisão da posição firmada – e sequer chegarão novos recursos extraordinários que tratem do assunto.

Esse raciocínio leva a outra indagação: se o STF julgará a constitucionalidade de uma matéria tão somente uma vez, regra geral, e o entendimento majoritário será reproduzido nos processos em curso, qual a razão da existência da súmula vinculante? Algumas ponderações a respeito do momento em que o instrumento foi introduzido e o estágio do processo civil vigente naquele momento se mostram pertinentes.

A autorização para elaboração de súmula vinculante surge com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, juntamente com o acréscimo do requisito da repercussão geral ao recurso extraordinário. Por certo, esses novos instrumentos careciam, desde o início, de mecanismos de integração. A Lei 11.417/2006, que disciplinou o procedimento de aprovação de súmula vinculante, nada prevê sobre o tema. A Lei 11.418/2004 – que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC de 1973 e regulamenta o procedimento para aferição da repercussão geral do tema constitucional – também nada rezava.

Além disso, quando da criação dessas duas figuras, a legislação processual brasileira não possuía dispositivos que asseguravam efeitos vinculantes às decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários. Não se desconhece o fato de que, na prática forense, uma vez que o Plenário do STF tivesse apreciado determinada matéria, o posicionamento servia de referência e era aplicado, na grande maioria dos casos, aos processos em curso que tratavam do assunto. Acrescente-se que havia autorização do CPC de 1973 para que recursos pudessem ser decididos monocraticamente.

Entretanto, essas circunstâncias não impediam, como ocorre hodiernamente, que novos recursos – tanto extraordinários quanto agravos contra decisões que inadmitiam o seu processamento na origem – chegassem ao STF. E, mesmo com a exigência da repercussão geral, que passou a ser um meio para limitar o número de recursos extraordinários que deságuam no STF, o resultado não seria verificado imediatamente, visto que a sua demonstração somente poderia ser exigida aos recursos posteriores à disciplina conferida pela Lei 11.418/2006 (aplicação da lei processual). Por conseguinte, verificar-se-ia, naquele momento, a possibilidade de o STF proferir decisões reiteradas sobre um mesmo tema, o que justificaria, ao menos no início e sob essa perspectiva, a existência simultânea da repercussão geral e da súmula vinculante.

A súmula vinculante exerceria papel relevante no tocante à indicação de entendimento anterior reiterado do STF sobre diversos temas e que, com a aprovação do verbete, dificultaria a interposição de novos recursos extraordinários.

Portanto, no momento em que os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante foram introduzidos no Ordenamento Jurídico brasileiro, havia justificativa aceitável para a coexistência dessas figuras.

Ademais, diferentemente do que ocorre com os julgamentos realizados sob a sistemática a repercussão geral, cujos efeitos das decisões deverão ser observados pelos órgãos do Poder Judiciário, a súmula vinculante é imperativa também para a Administração. Esse fator é importante e, na atualidade, apresenta-se como a principal razão da existência desse tipo de pronunciamento do STF.

Entretanto, diante dos instrumentos que atribuem efeito vinculante a decisão proferida em julgamento de recurso extraordinário avulso, como a repercussão geral, verifica-se a diminuição⁶³ no número de súmulas vinculantes aprovadas pelo STF, a despeito da relevante função concernente à vinculação da Administração.

Por fim, o § 1º, do artigo 103-A, da Constituição Federal, estabelece que a súmula vinculante visa tratar da validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, desde que exista controvérsia atual e potencial de resultar em insegurança jurídica e multiplicação de processos. Não obstante esse enunciado faça alusão a vários pontos e que há certa imprecisão terminológica, entendemos que o fim colimado com a aprovação de uma súmula vinculante é o de, de maneira bastante objetiva, refletir em pequeno excerto a posição do STF sobre uma matéria em especial.

A decorrência da edição da súmula vinculante será a atribuição de uma carga de imperatividade maior do que se teria quando comparado às súmulas ordinárias ou mesmo às decisões da Corte em julgamento de recurso extraordinário concluído antes da exigência de repercussão geral, a quais ostentavam mera relevância persuasiva.

Último ponto a respeito da súmula vinculante – e esse item específico será objeto de enfrentamento quando analisarmos a natureza da tese firmada em julgamento de instrumento dotado de efeito vinculante – é natureza do verbete e como dar-se-á a sua aplicação. Tivemos oportunidade de afirmar que as normas jurídicas resultam da interpretação de textos dos enunciados do direito positivo. Ao editar uma

⁶³ Até 10/07/2019, data da consulta realizada, o STF aprovou 56 verbetes que compõem a súmula vinculante. O CPC entrou em vigor em 17/03/2016. A partir dessa data, apenas 3 verbetes foram aprovados.

súmula vinculante, o STF atuará, ainda que indiretamente, tal como um legislador, visto que elaborará um texto com a função externar o seu entendimento sobre uma matéria.

Os órgãos do Poder Judiciário e da Administração, para que possam aplicar o posicionamento do STF refletido na súmula vinculante deverão, obrigatoriamente, interpretar esse texto em conjunto com os demais enunciados prescritivos aplicáveis na situação que se apresentar.

As consequências derivadas da aplicação de uma súmula vinculante, bem como da tese resultante do julgamento de recurso com decisão que possui efeito vinculante, já nos permite afirmar que essa função desempenhada pelo STF muito se assemelha à do Poder Legislativo, cujos reflexos no tocante à criação de normas jurídicas individuais e concretas constitui o foco principal desse trabalho.

2.2.2.3 – Súmula

A súmula foi concebida como meio para divulgação do entendimento da Corte a respeito de um tema, o qual é sintetizado em um breve enunciado. Os verbetes retratam a jurisprudência dominante no STF e tem como principal função orientar os jurisdicionados e permitir o julgamento de modo mais célere dos recursos extraordinários.

Em consulta ao sítio eletrônico do STF, verifica-se que o primeiro enunciado foi aprovado na sessão plenária de 13/12/1963 e, a partir de então, foram editadas mais de 700⁶⁴, sendo a última datada de 26/11/2003. É certo que muitos enunciados já estão superados e, com o passar do tempo, deixam de ser utilizados, mas servem até mesmo para demonstrar que, em algum momento da história do tribunal, a posição foi acolhida.

Diz-se que tais verbetes possibilitariam julgamentos mais rápidos porque, desde o Código de Processo Civil de 1973, vários dispositivos autorizavam a prolação

⁶⁴ Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF no dia 22/06/2019, constatamos a existência de 736 enunciados.

de decisões monocráticas quando a pretensão da parte encontrasse conflito com um entendimento sumulado. De certo modo, considerando que os enunciados de súmulas refletiam o entendimento da jurisprudência que predominava no tribunal, facultava-se ao Ministro Relator a abreviação do tramite do recurso e decisão pela via monocrática.

Pragmaticamente, a invocação de súmulas é bastante frequente para obstar o processamento de recursos, expediente adotado por aquilo que se tem denominado de jurisprudência defensiva⁶⁵, que é a postura que tribunais superiores tem empregado para suscitar falhas formais como justificativa para o não conhecimento ou mesmo negativa de provimento a recursos, sempre com fundamento em algum verbete de súmula.

Destaque-se que os verbetes da súmula do STF assumem uma posição de reforço retórico e auxílio na exposição dos fundamentos pelo interessado. A despeito de haver autorização para que recursos sejam julgados de forma monocrática ou mesmo que se presuma a existência de repercussão geral quando o entendimento do acórdão recorrido tiver contrariado a posição refletida em um verbete, entendemos que tais disposições não impõem a observância desses enunciados e sequer preveem consequências para a prolação de decisão em sentido diverso.

Ademais, após a introdução do mecanismo da súmula vinculante no ordenamento pátrio e instrumentos cujas decisões são dotadas de força imperativa e vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e, em alguns casos, Administração, as súmulas perderam relevância e o próprio STF deixou de editar novos enunciados. Como dito, a última súmula foi aprovada no final do ano de 2003.

Portanto, infere-se que as súmulas, posto ainda haver possibilidade de edição de enunciados, não se mostra mais como um efetivo meio para divulgação de excertos representativos da jurisprudência dominante no STF, de modo que os seus enunciados possuem característica eminentemente retórica e fundamento invocado com muita frequência para obstar o processamento de recursos extraordinários por alegação de existência de falhas formais (jurisprudência defensiva).

⁶⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 394.

2.2.2.4 – Recurso extraordinário repetitivo

A figura do recurso extraordinário repetitivo surgiu com o Código de Processo Civil de 2015, tendo sido inserido no contexto da disciplina do recurso especial repetitivo. Entretanto, ao contrário do que sucede com o recurso especial, cuja apreciação do mérito não depende da prévia análise acerca da transcendência subjetiva dos efeitos da decisão (repercussão geral da matéria), esse requisito obsta que vários recursos extraordinários versando a mesma temática sejam afetados para julgamento pelo colegiado.

Como ponderamos no item específico de repercussão geral, distribuído o recurso extraordinário, o Ministro relator aferirá se estão presentes os requisitos formais de admissibilidade e, sendo positiva, verificará se a matéria versada é de interesse de um grande número de indivíduos ou pessoas jurídicas (transcendência subjetiva).

Ato seguinte, apresentará no plenário virtual para escrutínio de todos os Ministros da Corte a questão concernente à existência ou não de repercussão geral da matéria. Alcançada maioria pela existência da repercussão geral, o recurso extraordinário será julgado pelo Plenário da Corte. A recusa está condicionada à votação contrária por dois terços (8 votos) dos integrantes do tribunal.

Isto quer dizer que, reconhecida a existência de repercussão geral, recursos extraordinários versando o mesmo tema não chegarão ao STF e ficarão sobrestados até a conclusão do julgamento do *leading case*, cujo entendimento será posteriormente aplicado aos processos que tratem do mesmo tema. Essa breve explanação tem o condão de demonstrar que, para o recurso extraordinário, entendemos que a disciplina e denominação inauguradas pelo CPC de 2015 no que concerne à figura do repetitivo é impertinente e até mesmo descolada do regramento específico recurso extraordinário.

Com a adição do requisito da repercussão geral e a conseqüente abstrativização do julgamento do recurso extraordinário, entendemos que há obstáculos à repetição que pudesse vir a demandar a eleição de um recurso paradigma para solucionar a divergência de posicionamentos existentes entre órgãos

colegiados do próprio tribunal, como ocorre no STJ, na linha do que será exposto adiante. Nessa Corte, face à inexistência de mecanismo semelhante à repercussão geral, é comum a chegada de grande número de recursos versando idêntica temática. E também como decorrência disso, as turmas poderão proferir decisões com linha interpretativa diversa acerca da mesma matéria, o que justifica a previsão de que um recurso especial seja afetado como caso líder para que o STJ decida qual a posição que deve prevalecer. O pronunciamento feito nessa sistemática terá efeito vinculante para a Corte e órgãos de instância inferior do Poder Judiciário.

Portanto, não obstante a previsão contida no CPC, somos da posição de que exigência do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário e as consequências derivadas dessa condicionante ao conhecimento de recurso pelo STF, tornam o regramento do recurso extraordinário repetitivo em algo inócuo e com baixa probabilidade de aplicação prática pela Corte.

2.3 – O papel do STJ

2.3.1 – Competência enquanto intérprete da legislação infraconstitucional

O STJ foi criado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que a competência do STF para também apreciar questões concernentes à interpretação da legislação federal infraconstitucional foi outorgada à denominada Corte da Cidadania⁶⁶. Com isso, tal como afirmado em tópico precedente, o STF passou a ter a competência principal de decidir acerca da melhor interpretação das disposições constitucionais, além do julgamento de ações de competência originária.

A competência do STJ enquanto intérprete final da legislação federal infraconstitucional implica na vedação à apreciação de provas e fatos nessa instância recursal, na qual a apreciação deverá ser efetivada a partir do quadro fático

⁶⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 317. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. vol. V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 588-589.

estabelecido pelo tribunal de segundo grau. Em outras palavras, a função da Corte não está relacionada à integral análise do processo, a fim de verificar se o julgamento efetivado nas instâncias anteriores partiu das premissas corretas para apresentar o provimento jurisdicional que resolve a disputa.

Ao revés, sendo um tribunal que determina qual a interpretação adequada dos dispositivos da legislação infraconstitucional efetivamente apreciados pelos órgãos de hierarquia inferior, veda-se que o STJ se debruce sobre as provas apresentadas pelas partes e também que procure externar a sua posição a respeito do cenário fático desenhado. A sua missão, no desempenho da função de último intérprete da legislação federal infraconstitucional, é analisar a correção da interpretação adotada para resolver o caso. Logo, verificar-se-á se a interpretação alcançada na construção da norma individual e concreta que regulará a relação jurídica especificamente considerada foi ou não a mais adequada.

Afirma-se que a investigação é acerca da interpretação mais adequada porque, conforme exposto no Capítulo 1 desse trabalho, as normas resultam da interpretação que as autoridades competentes empreendem dos enunciados prescritivos aplicáveis à espécie. Assim, dentre as várias interpretações possíveis para um mesmo enunciado prescritivo, o ordenamento jurídico estabelece o órgão que determinará qual a que deverá prevalecer quando houver alguma disputa. É justamente esse o papel do STJ, que, na posição de tribunal de vértice no que concerne à interpretação da legislação federal infraconstitucional, definirá qual a interpretação mais adequada aos dispositivos legais envolvidos na discussão a ser apreciada. Neste particular, importantes são as ponderações de LUIZ GUILHERME MARINONI:

Não há interpretação exata da lei ou interpretação correta se, com isso, pretende-se algo que independe de juízos de valor subjetivos. Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízos de valor, é devidamente justificada; há, por assim dizer, “decisão adequada” ou “decisão racionalmente aceitável”. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação correta pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca pela racionalidade. É com essa que o Superior Tribunal de Justiça deve ser preocupar ao dar sentido à lei federal.⁶⁷

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que a interpretação que o STJ confere aos dispositivos legais poderá contribuir para a formação e própria concepção do direito que deverá ser observado pela sociedade brasileira. O texto frio das leis, por si só, nada regula. A disciplina das relações jurídicas encetadas em conformidade com as disposições vigentes no ordenamento jurídico brasileiro está condicionada à construção das normas individuais e concretas, que são o produto da interpretação conferida aos enunciados prescritivos pelas autoridades estabelecidas pelo direito positivo. Dessa constatação, sendo o STJ o órgão competente para apresentar a interpretação adequada de certos dispositivos, a posição desse deverá ser tomada para a construção das aludidas normas.

Portanto, entendemos que a Corte, ao fornecer a interpretação da legislação federal infraconstitucional que deve prevalecer, exerce relevante função na compreensão do direito vigente em determinado período no território brasileiro. Com tal assertiva também reconhecemos a relevância do trabalho dos tribunais de segundo grau e dos órgãos julgadores de primeira instância, na medida em que, nessas arenas, debate-se com mais profundidade os casos levados ao Poder Judiciário e tem-se o início da discussão acerca da melhor interpretação. Quando a matéria chega ao STJ, no mínimo duas interpretações foram fornecidas – que poderão ser semelhantes ou antagônicas –, sendo que essa Corte apresentará a interpretação final, sempre tomando como ponto de partida para sua análise os pontos já debatidos. Não poderá haver enfrentamento de aspecto inédito pelo STJ, o prévio debate é condição imprescindível para deflagrar a competência da Corte.

Estabelecida essa premissa que torna o STJ um foro de discussão eminentemente de direito, com a vedação ao enfrentamento do acerto ou não da moldura fática do caso, suscita-se o debate acerca do alcance a ser conferido ao artigo 1.034 do CPC. Segundo esse preceito, “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito”. A discussão surge da passagem “julgará o processo”. Há quem sustente – e aqui fazemos referência a NELSON NERY JR.⁶⁸ – que, uma vez superada a fase de conhecimento do recurso especial, poderá o STJ apreciar o

⁶⁸ NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 423.

caso em sua integralidade, inclusive com análise da correção das premissas fáticas e reapreciação das provas produzidas no curso da demanda.

Todavia, entendemos que essa não é a posição mais consentânea com as limitações constitucionais à competência do STJ que, ao limitar a sua atuação às matérias objeto de apreciação prévia pelas instâncias inferiores, restringe o seu agir, não permitindo que o processo como um todo seja apreciado, tal como se a Corte funcionasse como uma terceira instância e com cognição ampla⁶⁹.

Por fim, reputamos importante salientar que o papel do STJ de órgão responsável por apresentar a interpretação mais adequada da legislação federal infraconstitucional, mediante julgamento de instrumentos que refletem a característica da abstrativização e de orientação dos órgãos encarregados da construção de normas individuais e concretas, permite que a conclusão de que há uma tendência de aproximação entre o sistema notadamente marcado pela existência de disposições escritas (*civil law*) com o *common law*, no qual o direito é originado propriamente dos tribunais. Esse tema será abordado mais adiante, mas convém registrar, para conclusão desse item, que a contribuição do STJ para a formação e compreensão do direito, por intermédio da divulgação da interpretação tida como adequada, autoriza-nos a admitir tal convergência⁷⁰.

⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 976. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários aos arts. 1.029 a 1.035*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 522-523.

⁷⁰ “O direito passa a ser interpretação e pratica argumentativa e, assim, ganha significado que se distancia da letra da lei.

Esse distanciamento, ao abrir espaço na ordem jurídica às decisões interpretativas (da Suprema Corte), exige que essas ganhem estabilidade e autoridade, na medida em que passam a orientar as relações sociais e a subordinar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Se as Cortes Supremas têm a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É precisamente aí que as decisões das Cortes Supremas assumem qualidade de precedentes.

Em suma: a antiga Corte de controle da legalidade ou de correção das decisões agora é uma Corte de Interpretação e essa naturalmente é uma Corte de Precedentes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.)

2.3.2 – Competência para uniformização da jurisprudência

Em decorrência da competência para dizer qual a interpretação da legislação federal infraconstitucional mais adequada e que deverá ser observada, o STJ também atua como órgão de uniformização da jurisprudência. Nesse passo, há previsão de hipótese autônoma de cabimento de recurso especial – mais adiante detalhada – quando for constatado que dois tribunais de segunda instância atribuíram a uma mesma matéria interpretações distintas.

Assim, se houver sucesso na demonstração de que a situação fática subjacente aos processos nos quais as decisões foram proferidas é semelhante e que a solução conferida é diversa, o STJ exercerá sua função de uniformizar a jurisprudência.

Ocorre que, com fundamentação na competência de uniformizar a jurisprudência, não está o STJ obrigado a acolher uma das duas posições tomadas pelos tribunais de segundo grau. É claro que poderá seguir uma delas, mas aqui a Corte deverá interpretar os enunciados prescritivos afetos à matéria em apreço e, após, decidir qual a interpretação mais adequada e que deverá ser observada. Essa, pois, poderá ser diversa das soluções adotadas e permitiram a inauguração da competência da Corte.

O papel de uniformizar a jurisprudência traz consigo o desiderato de atingir isonomia e possibilitar que os jurisdicionados tenham previsibilidade do direito a ser seguido quando estiverem em situação semelhante (segurança jurídica). Tais fatores contribuem para que se alcance o ideal de justiça, na medida em que estabelece mecanismos para que sujeitos que se encontrem em situação semelhante recebem tratamento equivalente. TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS discorrem sobre essa perspectiva:

Essa função [uniformizadora] orienta-se à conformação da manutenção de forma sistemática do direito e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência (v. também item 12.1).
(...)

É que, como modernamente o juiz assume, diante de várias espécies de casos, o papel de realizar a ordem jurídica, mediante a investigação da solução mais justa e adequada para cada caso, dando concretude a regras e

princípios que compõem o ordenamento jurídico, dessa criatividade judicial é natural que decorram interpretações conflitantes. O que não é natural, todavia, é que essas decisões conflitantes se cristalizem, ensejando a quebra do princípio da igualdade perante a lei.⁷¹

Infere-se, dessa forma, que o STJ colabora com desejo de que haja estabilidade e coerência na jurisprudência, tal como preceitua o artigo 926 do CPC. Não custa lembrar, contudo, que a existência de divergência de interpretação é de suma importância para a evolução e amadurecimento do direito, cuja palavra final, no que atine à legislação federal infraconstitucional, será dada pelo STJ. O que deve ser evitado é que a jurisprudência do próprio STJ oscile, em especial nos julgamentos realizados pelas seções, cuja atribuição é a de dirimir as divergências existentes na Corte.

2.3.3 – Mecanismos e instrumentos para construção da jurisprudência

2.3.3.1 – Recurso especial

O recurso especial é o principal meio para exigir a atuação do STJ no que concerne à interpretação da legislação federal infraconstitucional e dirimir divergência de jurisprudência entre tribunais de instância inferior, inclusive em relação à própria Corte. Afora as hipóteses de competência originária, em que o tribunal atua, em muitas das situações, como órgão julgador de 2º grau, ao apreciar recursos especiais, a Corte estabelece a interpretação a ser seguida ao construir normas a partir de enunciados prescritivos infraconstitucionais.

A investigação das situações em que é cabível o recurso especial, previstas no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, indica que a atuação do STJ somente é inaugurada após o esgotamento das instâncias ordinárias e também requer que a matéria tenha sido objeto de exposto enfrentamento. Em outras palavras, mostra-se imprescindível que o tribunal de 2º grau tenha externado seu entendimento a respeito da interpretação dos enunciados da legislação infraconstitucional, o qual será avaliado

⁷¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 325.

pelo STJ, que dirá, com ares de definitividade, se aquela posição é a mais adequada sobre o tema.

Esse o sentido do requisito do prequestionamento⁷² da matéria, cuja razão de ser está na necessidade de o STJ se manifestar se a interpretação da legislação infraconstitucional está ou não adequada somente se essa tiver sido objeto de prévia manifestação. Há uma racionalidade lógica nesse requisito, se o pressuposto para que o recurso especial seja interposto é i) a violação ou contrariedade da legislação federal – para utilizar os termos empregados pelo preceito constitucional – ou ii) a demonstração de que o mesmo enunciado foi interpretado em sentido diverso por outro tribunal, o enfrentamento anterior da matéria é imperativo.

A apreciação da existência de prequestionamento é empreendida na fase de conhecimento do recurso e gera muitos debates⁷³, na medida em que, ao lado da invocação da justificativa de que a apreciação da correção do entendimento externando pelo tribunal de 2ª instância requer a reavaliação das provas ou do cenário fático posto, constitui um dos principais motivos para obstar o processamento de recursos especiais. A questão surge porque, em muitas situações, não obstante o interessado tenha provocado a atuação do tribunal de 2º grau a enfrentar determinado tema, se esse se recusa ou profere uma decisão na qual há apreciação indireta, dificilmente o recurso especial será conhecido pelo STJ e sob a justificativa de ausência de prequestionamento. Porém, procede a indagação quanto à possibilidade de o interessado ser prejudicado com o não conhecimento do seu recurso especial quando, de fato, a falha é proveniente da atuação do órgão prolator da decisão recorrida, não da parte.

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu uma alternativa para contornar esse problema, em seu artigo 1.025, que prevê que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Na prática, de acordo com o artigo citado, bastaria à parte que entender

⁷² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 353.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 956-957.

que um ponto relevante por ela suscitado não foi apreciado, a despeito da oposição dos embargos de declaração, invocar esse preceito para demonstrar o cumprimento do requisito do prequestionamento da matéria tratada no recurso especial. No entanto, o que se infere da jurisprudência do STJ é que, em regra, a expressa e efetiva apreciação do tema pela instância inferior continua sendo exigida⁷⁴.

Com efeito, superada a etapa de conhecimento do recurso especial – na qual serão verificados outros aspectos formais, que não trataremos no presente trabalho – , o STJ passa à apreciação dos enunciados prescritivos aplicáveis e externará o seu entendimento. Importante salientar que as decisões proferidas nos julgamentos de recursos especiais têm efeito apenas entre as partes envolvidas na demanda e contribuem para a formação da jurisprudência da Corte. Com o crescimento do número de decisões em idêntico sentido, que permitirá que se afirme haver uma jurisprudência em relação a um tema específico, o julgamento de novos recursos especiais poderá ser abreviado, pela via da decisão monocrática, como autoriza o artigo 932 do CPC.

No que toca ao cabimento de recurso especial com base na existência de divergência da interpretação adotada entre tribunais de 2º grau ou mesmo com a do STJ, entendemos se tratar de hipótese autônoma e que independe da demonstração da existência de violação à interpretação dada à legislação infraconstitucional. Essa ponderação é relevante porque o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, elenca as duas situações ao apontar o cabimento do recurso especial. Com toda razão, haja vista a função também desempenhada pela Corte de dirimir divergência de interpretação da legislação federal infraconstitucional.

Além disso, considerando que as normas jurídicas são resultado da interpretação dos enunciados prescritivos, a demonstração de que há tribunais

⁷⁴ “(...) 2. Ressalto que o STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.

3. "A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei". (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017). (...)” (AgInt no AREsp 1449778/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2019, DJe 27/06/2019)

interpretando os mesmos preceitos em sentido diverso implica, necessariamente, no reconhecimento de que, por ocasião do julgamento a ser realizado pelo STJ seja assentado qual das posições é a mais adequada, a linha interpretativa superada representa uma violação à disposição da legislação federal. Isso, por si só, igualmente autorizaria a interposição do recurso especial.

Entretanto, na prática⁷⁵, o STJ tem caminhado no sentido de que o recurso especial com a função de provocar a superação da divergência jurisprudencial necessita, obrigatoriamente, ter como pressuposto a demonstração da violação à disposição da legislação federal infraconstitucional. Não concordamos com essa posição do STJ, em especial porque as hipóteses de cabimento são autônomas, conforme previsão constitucional, e sobretudo se levarmos em conta que, ao dirimir a divergência de interpretação entre tribunais de 2º grau, haverá o reconhecimento de que uma das linhas de raciocínio não refletia mais adequada.

Em sua essência, a competência do STJ no que tange à interpretação da legislação federal infraconstitucional é verificada inclusive se o recurso especial estiver fundamentado tão somente no permissivo que alude à divergência de jurisprudência entre tribunais. O destaque que reputamos importante é o que diz respeito ao conhecimento do recurso que se restrinja à demonstração da divergência, uma vez que é modalidade autônoma de cabimento e cujo julgamento do recurso especial permitirá que o STJ demonstre qual a interpretação adequada a ser seguida.

Portanto, independentemente de qual a hipótese de cabimento do recurso especial, é certo que, no julgamento de recurso especial, o STJ sempre fornecerá a interpretação tida como mais adequada aos dispositivos da legislação federal infraconstitucional aplicáveis na construção da norma para regular uma relação jurídica específica.

⁷⁵ “O recurso especial fundamentado no dissídio jurisprudencial exige, em qualquer caso, que tenham os acórdãos - recorrido e paradigma - examinado o tema sob o enfoque do mesmo dispositivo de lei federal. Se a divergência não é notória, e nas razões de recurso especial não há a indicação de qual dispositivo legal teria sido malferido, com a conseqüente demonstração da divergência de interpretação à legislação infraconstitucional, aplica-se, por analogia, o óbice contido na Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal, a inviabilizar o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. Precedentes.” (AgInt no AREsp 1361251/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 06/05/2019)

2.3.3.2 – Recurso especial repetitivo

O recurso especial repetitivo constitui um instrumento para que, diante de assuntos que são objeto de um grande número de recursos, o STJ possa apreciar o tema por uma das suas seções e, a partir daí, a decisão obtida ostente força vinculante não apenas para a própria Corte, mas para todos os tribunais e órgãos de primeira instância. Ou seja, trata-se de um dos mecanismos que admite o julgamento de determinados temas de modo abstrato, não se vinculando aos fundamentos e pontos suscitados pelas partes que integram a relação processual que permitiu a sua chegada ao STJ e que igualmente admite a participação de *amicus curiae*.

A possibilidade de julgamento pela via de instrumentos que conferem abstração ao pronunciamento a ser exarado pela Corte, como os recursos especiais repetitivos, caminha em sintonia com o anseio de alcançar isonomia e segurança jurídica. Em relação ao primeiro, a partir do momento em que uma decisão é proferida segundo uma metodologia que permite a participação de terceiros e enfrenta a questão posta sob um amplo espectro, a posição deverá ser reproduzida nos casos que versarem sobre idêntica temática. Desse modo, os tribunais de 2º grau e órgãos de primeira instância tem a missão de analisar os casos que lhes são submetidos e, apenas quando os fatos apresentados exigirem a aplicação dos mesmos enunciados para a construção da norma individual e concreta, a posição do STJ deverá ser invocada.

Por sua vez, adotando-se a acepção de segurança jurídica como a previsibilidade, conjugando-a com a isonomia, conduz à necessidade de conferir aos enunciados interpretados pelo STJ o mesmo sentido, a fim de que, diante de um cenário fático idêntico, não se admita a construção de uma norma individual e concreta diversa para disciplina de certa relação jurídica.

O Poder Judiciário, como vertente do Estado com a função precípua de resolver os conflitos existentes na sociedade, não poderá ser utilizado como arena em que a sorte ou a loteria prevaleça. A distribuição aleatória de uma ação ou um recurso para um magistrado em especial não pode constituir como elemento decisivo para que a norma individual e concreta seja construída seguindo uma ou outra linha de

raciocínio. Situações semelhantes devem receber tratamento semelhante, atentando-se para a relevante função desempenhada pelos magistrados de fazer as distinções onde houver necessidade e aplicando-se as interpretações dotadas de força vinculante apenas quando a semelhança exigir a adoção da mesma solução.

De acordo com o procedimento desenhado pelo CPC, havendo múltiplos recursos veiculando a mesma questão de direito, a matéria poderá ser afetada para apreciação pela seção. Destaque-se que o tema a ser apreciado sob a sistemática dos recursos repetitivos deverá ser identificado de forma precisa (artigo 1.037, inciso I, do CPC). Na sequência, haverá ampla divulgação, a fim de permitir a discussão por entidades representativas com interesse no tema, bem como para que tribunais de 2º grau possam fornecer subsídios para colaborar com o enfrentamento do assunto.

Com a afetação de um tema como repetitivo, a seção apreciará a matéria de direito em abstrato, semelhante ao que se verifica no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade desempenhado pelo STF, e, após a conclusão, a solução alcançada será aplicada ao caso paradigma que levou o tema para enfrentamento da Corte. Esclareça-se que a afetação não impõe que todos os temas tratados no recurso líder sejam apreciados pela seção, mas apenas o tema identificado como repetitivo. Assim, encerrado o julgamento na seção, o entendimento que prevalecer será aplicado para resolver essa parcela da discussão naquele processo e, se houver outros itens, esses serão decididos segundo a métrica de julgamento de recursos especiais avulsos.

Nos recursos repetitivos, tal como ocorre nos julgamentos do STF de casos afetados na sistemática da repercussão geral, ao concluir a apreciação do tema, será divulgado um excerto da tese vencedora⁷⁶, cuja interpretação deverá ser observada pelo STJ e instâncias inferiores. Os recursos especiais anteriores sobrestados retomarão o curso ordinário, com negativa de seguimento àqueles interpostos contra acórdãos que apresentaram interpretação em linha com o decidido pelo STJ ou devolução ao colegiado para retratação nas situações em que a posição foi antagônica.

⁷⁶ Esclarecemos que, no Capítulo 3, que trata do sistema brasileiro de precedentes, enfrentaremos com mais vagar o conteúdo de decisões que possuem efeito vinculante e qual a parte que ostenta essa natureza.

2.3.3.3 – Embargos de divergência

Dentre a função desempenhada pelo STJ de dirimir divergências jurisprudenciais em relação à interpretação da legislação infraconstitucional, o recurso de embargos de divergência emerge como um veículo para que seja resolvido a divergência de interpretação dada por órgãos fracionários do próprio tribunal⁷⁷. Assim, quando houver entendimentos antagônicos sobre um tema específico por duas turmas ou mesmo duas seções do tribunal, serão cabíveis embargos de divergência a fim de que a seção às quais estão vinculadas ou a corte especial possa resolver o debate.

Tanto questões de direito material quanto processual autorizam a interposição de embargos de divergência. Deve haver semelhança entre o quadro fático que permite seja empreendida a comparação entre duas decisões, a fim de comprovar a divergência de interpretação do direito aplicável.

O julgamento a ser realizado definirá qual a posição que deve prevalecer e, com isso, as turmas terão que se adequar e aplicar o entendimento majoritário nos julgamentos futuros.

Destaque-se que, com a previsão do julgamento do recurso especial repetitivo, os embargos de divergência perderam um pouco de sua relevância, na medida em que, no regime pretérito, esse recurso constituía o principal meio para que temas controversos no próprio tribunal fossem remetidos para apreciação das seções. Hodiernamente, como já ressaltado, assim que determinados assuntos passam a chegar com mais frequência ao STJ e, muitas vezes sem que haja um amadurecimento maior do debate, há afetação para que a seção emita seu pronunciamento, cuja consequência é a imediata vinculação para as turmas e órgãos de instância inferior.

No entanto, a despeito dessa constatação, entendemos que os embargos de divergência continuam a ter uma importante função, em especial para dirimir

⁷⁷ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 603.

controvérsias sobre temáticas não tão corriqueiras, mas que tenham recebido tratamento diverso por turmas do tribunal.

2.3.3.4 – Súmula

A exposição a respeito das súmulas – ordinárias, não as vinculantes – no âmbito do STF é de todo aplicável no contexto do STJ. O instrumento continua sendo muito utilizado pelo STJ, que já conta com 635 enunciados⁷⁸, visto que externa posições majoritárias da Corte e permite o julgamento monocrático de recursos especiais, principalmente quando o tribunal está diante de temas não apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Além disso, a prática de decidir recursos monocraticamente é muito comum no STJ e os enunciados de súmulas, que refletem linhas interpretativas que predominam na Corte em dado momento, constituem importante meio para a adoção desse expediente. O modo de atuação do STJ atualmente é merecedor de críticas, uma vez que o julgamento pela via monocrática tem se tornado um importante mecanismo para obstar o processamento de recursos e, com isso, acaba por impedir e até cercear o direito de defesa do jurisdicionado. Isto ocorre porque, com a interposição de Agravo Interno em face de decisões monocráticas, o conhecimento nesse tipo de recurso é mais limitado e, no julgamento a ser realizado pelo colegiado que também teria competência para apreciar o recurso especial, a parte não poderá realizar sustentação oral de suas razões.

2.3.3.5 – Arguição de relevância: filtro político?

A despeito de se tratar de um requisito que ainda não foi objeto de positivação, não podemos deixar de tecer breves considerações a respeito da Proposta de

⁷⁸ Conforme consulta realizada no dia 22/06/2019.

Emenda à Constituição Federal 209/2012 (“PEC 209/2012”)⁷⁹. A intenção dessa proposta é a modificação do parágrafo primeiro, do artigo 105, da Constituição Federal, para introduzir a arguição de relevância da questão federal em discussão como requisito ao conhecimento do recurso especial.

O instituto é semelhante à repercussão geral, distinguindo no tocante à demonstração e transcendência subjetiva da matéria a ser apreciada: no STF, constitucional; no STJ, direito federal infraconstitucional⁸⁰.

Na exposição de motivos da PEC 209/2012⁸¹, os seus autores afirmam que a exigência de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário possibilitou uma redução significativa do número de recursos distribuídos no STF, razão pela qual idêntico instrumento se mostra recomendável também no âmbito do STJ.

Destarte, segundo a PEC/209/2012, para que uma matéria possa vir a ser apreciada pelo STJ, essa terá que ser de grande interesse nacional e transcender o interesse das partes envolvidas no recurso especial. Com isso, a Corte será capaz de canalizar sua atenção e esforço para o enfrentamento de questões de grande relevância.

Afirmamos no item sobre a repercussão geral que o mecanismo autoriza o STF a decidir, conforme manifestação de dois terços dos integrantes da Corte, quais os temas que estão a merecer uma apreciação mais detalhada, podendo contar, inclusive, com a colaboração de *amicus curiae*. Tal como exposto na PEC 209/2012, a arguição de relevância teria o condão de exercer a mesma função no âmbito do STJ.

Entretanto, em sentido diverso ao que sustentamos para a repercussão geral, oportunidade em ressaltamos a sua importância no atual estágio do controle de constitucionalidade no Brasil e reforço do papel de Corte Constitucional do STF, entendemos que a adoção de semelhante mecanismo no STJ não é desejável.

⁷⁹ Em consulta realizada no dia 24/06/2019, verificamos que a PEC 209/2012 está em andamento e aguarda inclusão na pauta para apreciação pelo Senado Federal.

⁸⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 320.

⁸¹Endereço eletrônico:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>

Linhas gerais, e sem adentrarmos nos vários detalhes da sua competência⁸², o STJ é o tribunal competente para estabelecer a interpretação da legislação federal infraconstitucional e também dirimir divergência jurisprudencial existente entre tribunais pátrios. Ao contrário do que se verifica em uma Corte Constitucional, cuja atuação deve ser afeta aos conflitos envolvendo questões constitucionais caras ao ordenamento e cujo norte interpretativo serve de horizonte para construção de normas a partir de enunciados introduzidos pela legislação ordinária ou complementar, o STJ tem como função dar a interpretação da legislação federal infraconstitucional como um todo, independentemente de o preceito ser do interesse de pequeno ou grande número de indivíduos.

Além disso, no que toca à divergência de jurisprudência, o simples fato de haver posições distintas entre dois tribunais, e mesmo que o assunto em foco tenha poucos interessados, justifica a inauguração da competência do STJ para dirimir a questão.

Não podemos olvidar que, no STJ, também há um mecanismo que permite o julgamento de temas com certo descolamento da discussão travada por duas partes no processo: o recurso especial repetitivo. Reitere-se que, uma vez que a matéria foi afetada, a seção competente apreciará o tema em sua maior abrangência e, no segundo momento, a solução será aplicada para resolver o processo que permite que o assunto chegasse ao tribunal. Ou seja, esse é um verdadeiro instrumento que permite a abstrativização de alguns julgamentos realizados pela Corte.

E nesse particular, o procedimento de afetação do tema para apreciação pela seção conta com participação de todos os membros daquele órgão fracionário, do que se infere que não são todas as matérias que poderão ser decididas segundo essa sistemática. Somente quanto for constatado, a partir da manifestação de todos os ministros que compõem o órgão fracionário, que o tema é objeto de muitos recursos, esse exigirá uma apreciação da seção e cuja decisão ostentará um grau de vinculação significativo para as turmas do próprio tribunal e dos órgãos de instância inferior.

⁸² Tais como julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função, de recurso ordinário interposto contra acórdãos proferidos por tribunais de 2ª grau, de reclamação quando houver afronta à autoridade de suas decisões, de ações rescisórias, dentre outras.

Portanto, a introdução de um requisito como a arguição de relevância da matéria em discussão no recurso especial como condição ao seu conhecimento teria o condão de modificar as características essenciais do STJ como tribunal que, primordialmente, interpreta a legislação federal infraconstitucional e dirime divergência jurisprudencial entre tribunais de 2º grau.

Capítulo 3 – Sistema brasileiro de precedentes

3.1 – Sistema de *civil law* e sistema de *common law*

A dicotomia entre sistemas de *civil law* e de *common law* requer uma análise acerca da concepção a respeito do papel desempenhado pela decisão judicial em dado ordenamento. De início, entra em cena o debate da função que o juiz desempenha e qual a relevância do produto resultante de sua atuação.

Esclarecemos no Capítulo 1 que os textos dos enunciados prescritivos exigem, para que sejam construídas as normas jurídicas, interpretação pelas autoridades designadas pelo sistema no qual foram inseridas, as quais efetivamente disciplinarão as relações jurídicas constituídas. Essa é a concepção aplicável ao sistema pautado em leis escritas e cujo sentido será fornecido pelas autoridades competentes.

Nesse passo, convém ressaltar que a atividade de interpretação levada a efeito não procurará extrair do texto do enunciado prescritivo – ou mesmo tão somente declarar – o sentido a ele subjacente, tal como se a função da autoridade que construirá a norma se limitasse à procura ou descoberta da intenção do legislador quando elaborou o texto. Ao revés, a autoridade construirá a norma e essa será o resultado da interpretação alcançada levando em consideração as disposições aplicáveis à espécie e em sintonia com o sistema da qual faz parte. Em outras palavras, a norma obtida não deve se limitar à interpretação dos dispositivos considerados de modo isolado. É imperativo que a atribuição de sentido aos preceitos leve em conta os outros dispositivos do ordenamento e resulte em uma norma consentânea, isto é, válida perante aquele.

Por sua vez, em um sistema pautado principalmente em regras costumeiras e que são seguidas pelas gerações seguintes como se houvesse uma autoridade superior que impõe tal comportamento, a discussão a respeito do papel desempenhado pelas autoridades competentes para prolação de decisões judiciais assume diferentes contornos.

A teoria declaratória⁸³ partia do pressuposto de que os juízes, em um sistema de *common law*, limitavam-se a declarar o direito aplicável ao caso apreciado. Mas uma pergunta é oportuna: se o direito é decorrente dos costumes, não de textos escritos, o que seria declarado? Segundo essa linha de pensamento, os juízes seriam uma espécie de comunicador ou apresentador do direito existente e que sua atuação estaria a declarar a norma, sem que essa resultasse de sua interpretação. Os magistrados não detinham a função de interpretar, mas de apenas dizer o direito.

Essa forma de raciocínio, ainda mais em um sistema de *common law*, carece de consistência, na medida em que os seus defensores assumiam que o direito estaria em algum lugar e os juízes estariam encarregados de levar ao conhecimento das partes envolvidas em uma disputa, pela via da decisão judicial. Por essa razão, concordamos com as críticas apresentadas por LUIZ GUILHERME MARINONI, que cita John Austin e endossa a crítica à teoria declaratória a respeito da decisão judicial no *common law* e o seu papel meramente declaratório:

Para esse autor [John Austin], os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo.⁸⁴

Das críticas e fragilidades da teoria que sustentava que a decisão representava a simples declaração do direito, surge a teoria constitutiva, para a qual, no sistema baseado em regras costumeiras, a decisão judicial teria a função de criar o direito, na medida em que reduzia a termo a norma a ser observada pelos integrantes de uma relação jurídica. A partir da produção de decisões judiciais reproduzindo idêntica posição, essas passavam a ser seguidas pela população e constituíam o direito.

Por isso que se afirma que, no *common law* inglês, os casos são tidos como a própria fonte do direito e não havia, de forma explícita, uma determinação para que as decisões passassem a ser observadas. A sua observância passou a ser tida como

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 27-28.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 27.

aplicação do direito costumeiro e, após, consideradas como o próprio direito, como pontuado por TERESA ARRUDA ALVIM⁸⁵.

DANIEL MITIDIERO⁸⁶ faz interessante percurso em relação às fases pelas quais o precedente passou no sistema inglês, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: i) ilustração, na qual a decisão judicial era tida como forma de ilustrar o direito aplicável naquele momento, com influência predominante da teoria declaratória; ii) persuasão, em que o precedente não deveria ser considerado como vinculante para decisão de casos futuros, mas como elemento a ser utilizado para persuasão do juiz, que detinha ampla possibilidade de decidir conforme sua conveniência; e, iii) vinculação, que deriva da concepção de que as cortes devem ser estruturadas de forma hierárquica e o anseio por segurança jurídica, razão pela qual a vinculação dos precedentes constituía meio para promoção não apenas da segurança jurídica, mas também liberdade e igualdade.

Veja-se, portanto, que a ideia de precedente e vinculação aos casos subsequentes que apresentavam semelhança fática decorre da concepção de que, no sistema fulcrado no direito costumeiro, as práticas verificadas na sociedade deveriam ser observadas e, uma vez refletido em uma decisão judicial, constituíam um precedente passível de invocação como razão de decidir por ocasião da apreciação de uma disputa futura. NEIL DUXBURY sintetiza com precisão os motivos que levam à aplicação de um precedente e o respeito às regras costumeiras:

*common-law judges do not follow precedents simply because they exist; they follow – or, for that matter, distinguish or overrule – precedents because those precedents support particular lines of reasoning. A custom, on the other hand, will be considered relevant or irrelevant by a court not because of the reasons it embodies but because it has been generally accepted by a particular community in the past.*⁸⁷⁸⁸

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20-21.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa?* Revista dos Tribunais. v. 1000. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, fevereiro, 2019. p. 191-212.

⁸⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2008. p. 9.

⁸⁸ Tradução livre do autor: “Juizes de sistema baseado em costumes não seguem os precedentes apenas porque eles existem, eles seguem precedentes – ou, dependendo do caso, fazem a distinção ou modificam o entendimento – porque esses contêm a exposição de um raciocínio. Um costume, de outro lado, será considerado relevante ou irrelevante por um tribunal não apenas pelas razões subjacentes, mas porque elas foram aceitas de modo geral por determinada sociedade no passado.”

A compreensão dos motivos que levaram os países de tradição de *common law* a ter as decisões judiciais como instrumento de constituição e criação do direito a reger as relações concretizadas naquele sistema é de grande importância, pois permite aferir que a consideração do precedente, seja para respaldar a aplicação do mesmo tratamento, seja para justificar a imposição de medida distinta, decorre da necessidade de previsibilidade do direito.

Ainda que as relações estejam alicerçadas nas práticas comuns do povo que habita em determinada localidade, é desejável que, se for constatado um comportamento que desvia daquele que era esperado, o Poder Judiciário possa intervir e impor, mediante elaboração de uma decisão, as regras que as partes deverão seguir. Com isso, reforça-se a concepção existente naquele território e o fato de a decisão proferida constituirá em precedente com força para vincular futuros pronunciamentos da Corte.

Acerca da força dos precedentes no direito estadunidense e a sua consideração como fonte do direito, em especial no tocante às questões envolvendo contratos e propriedade, ROBERT S. SUMMERS esclarece:

*Common law precedent in such areas as contracts, torts and property is, as a matter of court practice, considered to be formally binding, or to have force, or to provide support and so on, and thus generally qualified as a genuinely independent “source of law” in the American states. As such, it does not require an ultimate basis or foundation in statute law or custom or any other source. Prior statutory interpretations and previous constructions of constitutional provisions in litigated cases are likewise considered to be precedent, both for the courts lower in the hierarchy and for the court that decided the precedent.*⁸⁹⁹⁰

Infere-se da passagem transcrita que, no direito estadunidense, a consideração de determinadas decisões como precedente vinculante independe da previsão legal, mas decorre da prática dos próprios tribunais. Destaque-se, ademais, que o direito estadunidense também é formado por leis escritas e há grande divisão

⁸⁹ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016. p. 371.

⁹⁰ Tradução livre do autor: “O precedente no sistema baseado em costumes, em temas como contratos, crimes e direito de propriedade, é, em função da prática dos tribunais, considerado formalmente vinculante, ou, para ter imperatividade ou para dar respaldo, qualificado como uma legítima fonte do direito nos Estados Americanos. Para tanto, não se exige que esteja baseado ou fundamentado em uma lei ou costume ou qualquer outra fonte. Interpretações prévias e uma anterior interpretação de disposições constitucionais em casos decididos são igualmente considerados precedentes, tanto para tribunais de instância inferior quanto por aqueles que firmam precedentes.”

de competências entre as jurisdições federal e estaduais. A vinculação ocorre para os órgãos vinculados ao tribunal que proferiu a decisão e, em algumas situações, o tribunal de um estado poderá utilizar precedente oriundo de outro estado para fundamentar uma decisão.

Analisadas as premissas acima, infere-se que, no sistema de *common law*, a função desempenhada pelos magistrados é comparada à criação do direito propriamente dita. De outra senda, em sistemas calcados em disposições legais escritas, provenientes de órgãos com competência exclusiva para debate e criação de leis escritas, os integrantes do poder judiciário assumem a função de interpretar os enunciados e, a partir deles, criar as normas jurídicas.

Destarte, no sistema de *common law*, as decisões judiciais se apresentam como importante mecanismo de criação do direito, decorrendo dessa constatação que o precedente passível de invocação para sustentar uma decisão futura também poderá ser tido como referencial para que haja superação do entendimento anterior (*overruling*) ou edição de uma decisão contendo determinação em sentido diverso (*distinguish*).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO leciona que, em sistema de *common law*, a decisão proferida no julgamento de um caso específico pode ser utilizada como critério para decidir outros processos; ao passo que, ao se referir ao sistema com leis escritas, preconiza que a vinculação não é desejável, pois é esperada a evolução do direito:

Nos sistemas jurídicos de direito não escrito (família da *common law*) é compreensível que do julgamento de cada *case* se extraia critério para julgamentos futuros, na busca de alguma estabilidade e segurança suficiente para a confiança no próprio direito. Onde se tem direito escrito, todavia, isso não é necessário nem é aconselhável que tribunais estratifiquem tanto sua orientação em torno de teses, que a dinâmica do direito fique trancada. Pela via da apreciação judiciária de casos concretos, é lícito esperar a evolução do próprio direito, segundo a dinâmica social e evolução das perspectivas axiológicas.⁹¹

Essas diferentes perspectivas implicam no modo diverso de se enxergar os precedentes em cada um dos sistemas: i) no *common law*, como criador do direito e a vinculação provém dessa característica; e, ii) no *civil law*, como resultado da

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 129.

interpretação derradeira dos enunciados prescritivos aplicáveis para definição da disputa de determinado tema, a fim de que seja obtida a norma jurídica que deverá ser observada. No primeiro, o precedente pode ser equiparado à criação e origem do direito; ao passo que, no segundo, é o produto do seu amadurecimento e desenvolvimento da interpretação dos enunciados prescritivos, após debate em instâncias inferiores.

EVARISTO ARAGÃO SANTOS salienta que “o precedente judicial deva representar a materialização desse consenso em torno do melhor entendimento possível a respeito de determinada questão jurídica”⁹². Tanto no sistema pautado nas regras costumeiras quanto naquele em que o direito é escrito, o ponto de convergência, ao nosso sentir, é o de que o precedente tido por vinculante deverá ser aquele que representa o entendimento mais adequado para resolver um tema, sendo essa a razão pela qual a sua orientação deve ser observada.

3.2 – Considerações sobre o modelo brasileiro de precedentes

Feitas as considerações gerais a respeito de um sistema pautado em regras costumeiras e cuja decisão judicial é tida como instrumento criador do direito propriamente, bem como do baseado em textos escritos e no qual a decisão judicial assume contornos de resultado da interpretação dos textos, compete-nos enfrentar neste item as características do modelo adotado pelo Brasil, principalmente sob o prisma encampado pelo CPC de 2015.

O sistema de precedentes instituído pelo CPC parte da premissa de que as decisões oriundas do julgamento de determinados instrumentos terão efeito vinculante para o Poder Judiciário e que, justamente por esse motivo, a sua inobservância ou mesmo a prolação de decisão conflitante, estarão sujeitas ao questionamento pela via da reclamação. São eles: i) acórdãos do STF em controle concentrado de constitucionalidade; ii) súmulas vinculantes (aqui, também vinculante para a

⁹² SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

Administração, não apenas ao Poder Judiciário); iii) acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; e, iv) acórdãos do STF ou do STJ no julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, respectivamente.

Deve ser destacado que o CPC estabelece que i) os enunciados de súmula do STF e do STJ e ii) as decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais aos quais as demais repartições jurisdicionais estão vinculadas deverão ser observados pelos juízes e tribunais. Entretanto, tais decisões possuem, conforme opção do legislador, força vinculante reduzida, razão pela qual entendemos que possuem maior relevância no tocante à persuasão do julgador de primeira ou segunda instâncias.

O precedente com força vinculante no sistema do CPC emerge, pois, do fato de a decisão ter sido proferida no julgamento de determinado instrumento, não havendo disciplina específica no que concerne ao conteúdo que efetivamente vincula os órgãos do Poder Judiciário. Será o voto vencedor? Será a tese fixada na conclusão do julgamento? Serão as razões que conduziram ao entendimento que prevaleceu? Estas indagações não estão disciplinadas de forma adequada pelo CPC.

É possível fazer uma construção que induz à conclusão de que, ao menos em relação às decisões emanadas do julgamento de recursos extraordinários – aqui, somos da posição de que os recursos avulsos apreciados na sistemática da repercussão geral assumem a mesma posição e fazemos referência, igualmente, às ponderações apresentadas no tópico específico acerca do recurso extraordinário repetitivo – ou especiais repetitivos, é a tese firmada que ostenta natureza vinculante (artigo 1.039). E isto apesar de o artigo 1.038, § 3º, do CPC, assentar que o acórdão contemplará a análise dos fundamentos relevantes da tese discutida.

Muito embora esse regramento seja específico para a vinculação das decisões proferidas nos recursos repetitivos – o que faz com que haja semelhança com a súmula vinculante, visto haver tão somente um extrato indicando, sinteticamente, o entendimento que deverá ser seguido –, somos da posição de que o sistema estabelecido pelo CPC/2015 não tenha dado tanto prestígio às razões das decisões.

Assim, sob essa perspectiva, ao proferir uma decisão que, segundo o CPC, assumirá natureza vinculante para o Poder Judiciário como um todo, o órgão julgador atuará, de modo atípico e quiçá sem que o próprio legislador tenha se atentado, como se legislador fosse. E isto porque o enunciado da tese decidida será semelhante – e, por que não, idêntico? – a qualquer dispositivo legal que deverá ser interpretado pelo aplicador do direito no momento da subsunção e aplicação ao caso concreto.

A título de exemplo, podemos verificar as discussões que estão sendo suscitadas a partir do julgamento do Tese de Repercussão Geral 69. Ao concluir o julgamento do RE 574.706-PR, em 15/03/2017, o STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Muitas indagações são levantadas a respeito do alcance da tese firmada e essas, ao nosso ver, poderiam ser solucionadas se o CPC contivesse previsão no sentido de que, por ocasião da conclusão de julgamento cuja decisão assumirá natureza vinculante, o órgão prolator, além da elaboração da tese em si, deveria providenciar, no acórdão contemplando a análise dos fundamentos relevantes, a edição de um capítulo dedicado à indicação das razões que orientarão a interpretação do enunciado.

Com tal expediente, evitar-se-ia que os temas apreciados por intermédio do julgamento de institutos processuais dotados de efeito vinculante para o Poder Judiciário permanecessem na pauta dos tribunais, apesar de estar sob diferente enfoque. Logo, tal como posto, entendemos que o sistema de precedentes desenhado pelo CPC, não obstante a intenção de prestigiar e promover a segurança jurídica e a estabilidade da jurisprudência, não alcançará tal desiderato se a aresta apontada não for preenchida⁹³.

E o efeito negativo do sistema vigente é constatado empiricamente, uma vez que, a partir da fixação de uma tese como resultado do julgamento de instrumento cuja decisão é dotada do efeito vinculante, o enunciado tem sido aplicado indistintamente e, nos casos em que há equívoco quando interpretado em conjunto com as razões do acórdão prolatado, invoca-se como subterfúgio para a não apreciação do mérito da reclamação ou a negativa de seguimento a recursos

⁹³ Mais adiante, destinaremos um tópico específico para tratar da utilidade do voto médio, cuja elaboração poderá se constituir em importante elemento para auxiliar na interpretação do conteúdo vinculante do precedente.

especiais ou extraordinários o suposto objetivo de tão somente rediscutir o tema já julgado e cuja decisão está qualificada pela força da vinculação.

Destarte, do exposto até o momento, verifica-se que o sistema brasileiro de precedentes, apesar das arestas que carecem de melhorias para torna-lo mais efetivo e reduzir os entraves à correta aplicação das decisões dotadas do efeito vinculante, representa um mecanismo para obtenção e realização do direito vigente em determinado período. Isto porque, e atento à premissa de que as normas jurídicas são provenientes da construção que as autoridades competentes levam a efeito, os tribunais apresentarão suas interpretações a respeito dos enunciados prescritivos aplicáveis aos casos submetidos à sua apreciação e, a depender do instrumento em que o julgamento ocorrer, o seu resultado possuirá ou não o efeito vinculante aos órgãos a ele vinculantes.

Pondere-se que, de acordo com o CPC e exceção às ações em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, as decisões com efeitos vinculantes serão provenientes do julgamento de instrumentos que requerem prévia manifestação de outros tribunais ou órgãos do Poder Judiciário. Em outras palavras, quando o tema for apreciado pelo STJ ou STF, em atenção à competência de cada Corte, esse já terá sido objeto de enfrentamento por órgãos de primeira instância e tribunais de segundo grau e a decisão final com a marca da vinculação deve ser tida como o resultado do amadurecimento e desenvolvimento do direito, representada pela interpretação mais adequada fornecida pelo tribunal competente para ofertar o produto da derradeira análise.

Para arrematar essa análise inicial a respeito do sistema brasileiro de precedentes – cujos elementos principais serão detalhados em itens seguintes –, reputamos importante ressaltar que as seis premissas elencadas por DIERLE NUNES⁹⁴ representam pontos de reflexão e metas a serem atingidas para o bom funcionamento desse sistema:

1º Esgotamento prévio da temática antes da sua utilização como um padrão decisório (precedente). (...)

2º Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá

⁹⁴ NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 263-267.

levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. (...)

3º Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal) (...)

4º Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical) (...)

5º Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão (...)

6º Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório.

Portanto, conclui-se que os precedentes, para o direito positivo brasileiro, representam o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da interpretação dos enunciados prescritivos a partir do enfrentamento da temática de maneira abstrata – a despeito de provocação do órgão julgador decorrer, com exceção das hipóteses de exercício do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, de processo envolvendo sujeitos determinados – e cujo resultado vinculará o Poder Judiciário como um todo, sendo que as súmulas vinculantes deverão ser observadas também pela Administração. Mais adiante, apresentaremos os fundamentos pelos quais entendemos que, uma vez definida a interpretação de enunciados prescritivos individualizados pelo STJ ou STF, a vinculação também deve irradiar efeitos sobre a Administração como um todo, o que tornará o sistema de precedentes ainda mais efetivo.

3.3 – Princípios norteadores

3.3.1 – Igualdade

A criação de mecanismos tendentes a alcançar uma maior coerência e racionalidade ao sistema de julgamento de recursos, de modo que os tribunais de vértice tenham competência para apreciar determinado tema de forma mais ampla e cuja decisão seja de observância pelos órgãos a eles subordinados, também almeja a efetivação do valor igualdade⁹⁵, tão caro ao constituinte de 1988.

⁹⁵ “Ao se buscar maior racionalidade na prestação judicial, os precedentes têm sido apontados como um meio hábil a conferir integridade ao sistema processual e promover mais igualdade e segurança jurídica.” (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil*. Revista de Processo. v. 241. São Paulo: Editora RT, março, 2015. p. 415.)

O Poder Judiciário não pode ser visto como um ambiente no qual a sorte impera, com a justificativa de certa solução foi adotada porque a alea (podemos atribuir tal fator à distribuição eletrônica das ações e recursos) implicou na apreciação do caso por determinado magistrado. E aqui não estamos condenando a adoção de estratégia na condução de processos, que requer muito conhecimento tanto das prescrições que estabelecem normas de competência, quanto do enfoque que os advogados e procuradores públicos empregam no patrocínio dos seus casos. Ao revés, é justamente tal postura e combatividade que diferencia os profissionais, o que merece todos os elogios.

Nessa linha, nossa afirmação quanto à necessidade de coerência das decisões emanadas dos tribunais de vértice e sua imposição aos órgãos de inferior hierarquia vai ao encontro do anseio de conferir tratamento isonômico a todos aqueles que estão envolvidos em disputas idênticas. Esse é um dos motes indelévels ao sistema que prevê que o julgamento de determinados instrumentos, com características de abstração e transcendência, bem como abertura para que entidades representativas dos interesses de grande número de indivíduos possam contribuir com o debate, resultará em decisões de observância imperativa.

Acrescente-se que a igualdade, como meio em busca da coerência das decisões que são proferidas pelos órgãos jurisdicionais, exige que, uma vez concluído o julgamento do caso paradigma, que os magistrados sigam aquele entendimento, ainda que a sua posição pessoal seja diversa. A institucionalidade e representatividade do cargo perante o ordenamento pátrio impõe que, em algumas situações, a independência e o livre convencimento dos juízes sejam relativizados e mitigados em prol de um bem maior, que é a isonomia. EDUARDO CAMBI e FRANCISCO RENÉ HELLMAN ponderam:

A isonomia perante as decisões judiciais é direito fundamental do jurisdicionado, não se podendo conceber um sistema de precedentes sem que o Judiciário fique vinculado a assegurar o mesmo entendimento jurídico a todos os cidadãos. Assim, pela eficácia vinculante ínsita aos precedentes, os órgãos judiciais devem segui-los ainda que deles discordem, para que prevaleça a maior eficiência do sistema jurídico, salvo se assumir o dever de

argumentar adequadamente que o precedente não se aplica ao caso em julgamento (distinguishing) ou já se encontra superado (overruling).⁹⁶

A consequência da vinculação de precedentes implica no dever de os magistrados seguir a posição externada pelos tribunais superiores quando o substrato fático for semelhante e também, de outro lado, fazer a adequada distinção nas situações em que particularidades do caso em apreciação exigiram a adoção de solução diversa. Esse é um dos motivos para refutar as alegações de que, com a introdução de um sistema de precedentes vinculantes, a função dos magistrados de primeira e segunda instâncias estaria restrita à reprodução de decisões emanadas dos tribunais superiores. O raciocínio é falho e despreza que compete aos juízes de primeiro grau, exceção ao pequeno número de situações em que a competência é dos tribunais por prerrogativa de função da parte, a fixação da moldura fática do caso, mediante cuidadosa e detalhada análise das provas carreadas, e somente após a aplicação do direito para solucionar a disputa.

A aplicação do direito requer muito mais do que tão somente reproduzir o entendimento dos tribunais superiores, impõe a verificação das várias circunstâncias do processo específico e, tão somente quando houver necessidade de interpretar preceitos que já foram objeto de apreciação por um tribunal superior e no julgamento de instrumento dotado de força vinculante, seguir o entendimento.

Além disso, a maioria das discussões a respeito da interpretação de dispositivos legais é apreciada inicialmente pelos juízes de primeiro grau e, com a evolução do debate, chegam aos tribunais. Logo, a função desempenhada pelos integrantes da primeira instância não será relegada à mera repetição, mas continuará tendo grande prestígio e o relevante papel no amadurecimento e evolução do debate acerca da interpretação mais adequada dos enunciados prescritivos considerados.

LUIZ GUILHERME MARINONI alça o valor igualdade como meta a ser atingida com o sistema de precedentes vinculantes, conforme se observa da seguinte passagem:

Em suma: o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes não é a unidade do direito, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias

⁹⁶ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. *Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil*. Revista de Processo. v. 241. São Paulo: Editora RT, março, 2015. p. 422.

autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao 'direito' delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.⁹⁷

Conclui-se, pois, a vinculação das decisões provenientes dos tribunais superiores colima o tratamento equivalente para todos aqueles que possuem idêntica discussão, possibilitando, da mesma forma, que haja maior coerência e racionalidade na resolução de conflitos.

3.3.2 – Segurança Jurídica

Dentre os valores almejados com o estabelecimento de que as decisões tomadas no julgamento de certos instrumentos terão efeitos vinculantes e, pois, serão de observância imperativa para os órgãos do Poder Judiciário – e Administração, em algumas circunstâncias⁹⁸ –, a segurança jurídica está no mesmo patamar da igualdade.

A concepção de segurança jurídica que adotamos é aquela que visa conferir aos jurisdicionados uma margem de previsibilidade, a partir da análise da jurisprudência dos tribunais superiores, de que enunciados prescritivos determinados serão interpretados de um modo específico. Conjugando tal assertiva com o paradigma instaurado com a introdução dos mecanismos que permitem uma aproximação entre o controle de constitucionalidade concreto e difuso com o abstrato e concentrado, assim como o novo padrão de julgamentos pelo STJ com características de abstratividade, infere-se que, concluída a apreciação de recurso pelos Tribunais Superiores e sob essa sistemática, é coerente que a posição alcançada seja empregada na construção de norma individuais e concretas decorrentes da interpretação dos enunciados prescritivos já enfrentados.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 165.

⁹⁸ Esse ponto será abordado com mais vagar no Capítulo 5 desse trabalho.

Esse é o prisma do valor segurança jurídica que o sistema de precedentes colima. A racionalidade do sistema exige que, ainda que o aplicador do direito discorde da posição que prevaleceu no Tribunal Superior, a ele se curve e faça refletir na construção da norma que discipline dada relação jurídica. LUIZ GUILHERME MARINONI aduz sobre o tema:

a obrigatoriedade dos precedentes não tem qualquer possibilidade de interferir sobre a liberdade de interpretação, simplesmente porque os juízes não tem mais lugar para interpretar depois de a Suprema Corte ter cumprido a sua função. Observe-se de perto: se a definição do sentido do direito federal infraconstitucional inova a ordem jurídica, relevando propriamente 'criação' de sentido que se incorpora ao direito que regula a vida social, não é o caso de perguntar se os tribunais ordinários estão submetidos às decisões do STJ, mas sim de constatar que os tribunais inferiores simplesmente devem respeito ao direito – aperfeiçoado ou produzido pela Corte Suprema em virtude da função que lhe foi atribuída pela Constituição.⁹⁹

A vertente de segurança jurídica que preconizamos não acarreta a estratificação do direito e a impossibilidade de evolução da interpretação com a superação de uma dada interpretação. Ao revés, por segurança jurídica, busca-se atingir um estágio de evolução da sociedade na qual, enquanto prevalecer certa interpretação de algum enunciado prescritivo, oriunda da apreciação de ferramenta com força vinculante, a ela devem os aplicadores do direito aderir.

O próprio sistema contém outros mecanismos que possibilitam que uma posição de Tribunal Superior seja revista e, como resultado disso, superada. Porém, essa possibilidade não significa que a decisão proferida seja alvo de questionamento permanente até ser modificada.

A evolução da sociedade implica na suscetibilidade de modificação da forma de interpretar os enunciados prescritivos e isso refletirá no desenvolvimento do próprio direito positivo, na medida em que as normas resultam da interpretação que os aplicadores conferem aos dispositivos. Logo, a possibilidade de a posição do Tribunal Superior modificar é consonante com a ideia de evolução social e adoção de novos comportamentos.

Entretanto, e esse o ponto fulcral da exposição desse tópico, é que, enquanto prevalecer o entendimento quanto à interpretação que deverá ser dada a certo

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 160-161.

enunciado prescritivo, por imperativo de segurança jurídica e racionalidade do próprio sistema, o posicionamento deverá ser respeitado e seguido no ato de construção de uma norma individual e concreta.

3.4 – Precedentes vinculantes

3.4.1 – Decisões em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, recursos extraordinário e especial repetitivos

No item 3.2 deste trabalho, tivemos a oportunidade de afirmar que o sistema brasileiro de precedentes atribui força vinculante a decisões oriundas do julgamento de determinados instrumentos, as quais deverão ser seguidas pelos órgãos que integram o Poder Judiciário e, em alguns casos, pela Administração. Também já adiantamos nossa posição quanto à necessidade de vinculação à Administração como um todo, não apenas em situações específicas, mas em todas as hipóteses em que o entendimento de um tribunal superior tiver que ser observado pelos órgãos a ele subordinados. As razões serão expostas com mais vagar no Capítulo 5.

Feito esse aparte, considerando que o presente tópico objetiva o endereçamento dos aspectos gerais acerca dos instrumentos cujas decisões terão força vinculantes e que as ponderações acerca do controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante, recursos extraordinário e especial repetitivos já foram apresentadas no Capítulo 2, fazemos referência à exposição lá empreendida, evitando-se repetições cansativas e desnecessárias.

Para o que interessa a esse item deste trabalho, as decisões provenientes dos julgamentos dos instrumentos processuais elencados e o entendimento refletido em súmula vinculante possuem força especial na sistemática de precedentes adotada pelo Brasil e efeito vinculante. Isto decorre, em relação aos julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade e de recursos extraordinário e especial repetitivos, do fato de que tais instrumentos são apreciados de forma abstrata e descolada dos interesses individuais das partes que integram a relação processual.

Ou seja, o tema é enfrentado de maneira ampla e com a possibilidade de participação de terceiros interessados. Logo, o resultado desses julgamentos externa a interpretação que o tribunal superior – a depender da matéria envolvida e a competência de cada Corte – reputa ser a mais adequada dos enunciados prescritivos afetos, razão a justificar a sua adoção pelas autoridades competentes por ocasião da construção de normas individuais e concretas que disciplinarão específicas relações jurídicas.

3.4.2 – Incidente de resolução demandas repetitivas e de assunção de competência

O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”) surge com o CPC de 2015 e a autorização da sua instauração está condicionada à existência de: i) repetição de processos tratando da mesma questão de direito e ii) risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. O requerimento poderá ser apresentado por um magistrado, pelas partes que integram um processo que veicula a questão controvertida, o ministério público ou a defensoria pública.

Admitida a instauração do IRDR por um tribunal, o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência naquele, de acordo com o seu regimento interno, será competente para apreciá-lo. Uma consequência relevante da admissão do incidente – e para a perspectiva da análise aqui empreendida – é a de que os processos em trâmite na região sujeita à jurisdição do tribunal ficarão suspensos até o seu julgamento.

Além disso, poderão ser designadas audiências públicas para que especialistas na matéria possam apresentar contribuições e também poderão ser ouvidas entendidas interessadas na discussão. Em outras palavras, a admissão do IRDR permite que a matéria seja apreciada pelo tribunal de forma ampla e abstrata, cujo resultado será posteriormente aplicado para solução dos processos sobre o tema na área sujeita à jurisdição do tribunal.

O incidente de assunção de competência (“IAC”), a seu turno, poderá ser instaurado quando houver uma relevante questão de direito, que apresente grande

repercussão social, apesar de não se repetir em muitos processos. Com exceção das hipóteses de cabimento, que são distintas, as disposições que estabelecem o procedimento do IRDR serão aplicadas ao IAC.

Esclareça-se que, tal como previsto no CPC, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência são instrumentos¹⁰⁰ que serão apreciados, principalmente, por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. A possibilidade de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas perante o STJ foi objeto de apreciação pela Corte Especial no Agravo Interno na Petição 11.838, oportunidade em que prevaleceu o entendimento pelo cabimento do IRDR no tribunal apenas quando envolver casos de competência originária¹⁰¹¹⁰².

Somos da posição de que os institutos foram criados para que os tribunais locais profiram decisões com natureza vinculante para temas repetitivos, uma vez que o STJ já possui outro mecanismo com semelhante finalidade – recurso especial repetitivo. Assim, entendemos que a decisão do STJ de limitar a instauração do IRDR perante a Corte apenas nas hipóteses de competência originária do tribunal foi acertada. Até porque, nessas situações, o STJ atua como um tribunal de apelação, sendo coerente a admissão do IRDR.

É oportuno registrar, para os fins propostos nesse Capítulo, que as decisões tomadas no julgamento de IRDR e IAC apresentam as características da abstratividade e vinculação para os órgãos sujeitos à jurisdição do tribunal que os apreciou. Portanto, para esses instrumentos, a vinculação assume características especiais, dada a limitação territorial do seu alcance, e constata-se que não apenas o STF e o STJ poderão exarar decisões com tal força.

¹⁰⁰ Maior detalhamento do procedimento desses incidentes e outros pontos que são objeto de debate em relação a eles excedem o escopo do presente trabalho, razão pela qual não serão enfrentados nessa oportunidade.

¹⁰¹ “(...) 2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. (...)” (AgInt na Pet 11.838/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019)

¹⁰² A decisão ainda não é definitiva, uma vez que foram opostos Embargos de Declaração, que aguardam apreciação. Consulta realizada em 05/10/2019.

3.5 – Elementos do precedente vinculante

3.5.1 – Razões determinantes (*ratio decidendi*)

As razões determinantes do acórdão com efeitos vinculantes constituem, ao lado da parte dispositiva, o principal elemento da decisão. Por intermédio da sua apreensão, é possível identificar os fundamentos jurídicos tidos por imprescindíveis para a solução da demanda¹⁰³. Em outras palavras, são os fundamentos invocados pelo órgão prolator da decisão para sustentar a posição alcançada e que será refletida na tese divulgada.

Com isso, a tese firmada ao concluir o julgamento¹⁰⁴, ao nosso ver, deverá ser interpretada em conjunto com as razões determinantes, pois assim os órgãos vinculados ao posicionamento firmado pelo Tribunal Superior terão mais subsídios para a correta aplicação do entendimento aos casos que versem sobre a matéria e que estiverem pendentes de julgamento.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que não apenas a parte dispositiva da decisão vinculante que terá efeitos transcendentais, mas também as razões que constituem os motivos que dão respaldo à conclusão obtida, conforme pondera TAÍS SCHILLING FERRAZ:

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e a expressa previsão de respeito aos precedentes, impõe-se reconhecer que a passa a valer no Direito brasileiro a transcendência dos motivos determinantes dos julgados, especialmente originados dos tribunais superiores e dos novos incidentes, como o de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.¹⁰⁵

Surge então a questão concernente a quais as razões que deverão ser consideradas como determinantes. Ainda em item específico desse capítulo, teceremos considerações a respeito da recomendável divulgação de um voto médio compreendendo as razões que conduziram ao posicionamento vencedor no

¹⁰³ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 375.

¹⁰⁴ “A tese, extrato da decisão que resulta do precedente brasileiro, não é o motivo determinante para a solução de casos subsequentes análogos, mas sim a própria solução, encartada em preceito de caráter normativo, com expectativa de ampla aplicação, cujo suporte fático abstrai-se do caso paradigma.” (FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.

¹⁰⁵ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 92.

juízo de um instrumento dotado do efeito vinculante, inclusive como forma de aperfeiçoar o sistema recentemente implantado no Brasil. Até porque, tendo em vista que as decisões tomadas por Tribunais Superiores são sempre colegiadas, a maioria é obtida a partir da coleta das conclusões de cada julgador, de modo que as razões determinantes para cada um podem ser diversas. Por conseguinte, o voto médio que propomos teria o condão de aglutinar as razões determinantes que tenham sido suscitadas pela maioria dos julgadores e que efetivamente convergem para o entendimento predominante.

A par desse ponto que reputamos de grande relevância, somos da posição de que as razões determinantes do acórdão são aquelas que se caracterizam por ser a essência da decisão e sem as quais não seria possível alcançar logicamente a conclusão apontada, alinhando-nos à posição defendida por DANIEL MITIDIERO:

E justamente por essa razão a *ratio* toma em consideração as questões relevantes constantes dos casos. A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi – holding*). Tal é a dimensão objetiva do precedente.¹⁰⁶

A parte dispositiva de qualquer decisão deve decorrer logicamente da sua motivação, razão pela qual se apresenta como componente imprescindível para que se tenha a exata compreensão do comando emergente do ato. Na situação específica dos precedentes com força vinculante, as razões determinantes são alçadas a um patamar de ainda mais importância, na medida em que constituem a justificativa apresentada para sustentar a interpretação que deverá ser observada pelos aplicadores do direito.

A correta identificação das razões determinantes servirá, inclusive, de parâmetro para que os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração – pois, como já adiantamos brevemente e que será objeto de exposição detalhada adiante, entendemos que essa também está vinculada, e não apenas diante de súmula vinculante – façam a correta interpretação dos enunciados prescritivos que foram

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 344.

apreciados pelo Tribunal Superior ao exarar a decisão. Como salienta JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “a *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”¹⁰⁷.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI é preciso ao ponderar que as razões determinantes compõem a regra de direito que vinculará os julgamentos futuros. É o ponto que deverá ser tido como premissa para o julgamento dos casos pendentes ou processos instaurados após a prolação da decisão. E é justamente por conta desse ponto em especial que há possibilidade de a interpretação firmada na decisão com força vinculante ser aplicada em vários processos, ainda que haja alguma variação no cenário fático, visto que o racional se impõe quando houver necessidade de interpretação do preceito já analisado pelo Tribunal Superior e as questões jurídicas forem semelhantes.

GEORGES ABOUD e MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTI trazem relevante contribuição a esse respeito:

Enfim, a *ratio decidendi* é o ponto de partida de um processo interpretativo e criativo que envolve outros elementos. No processo interpretativo, deve-se levar em consideração eventuais variações históricas das condições jurídicas, culturais, políticas, sociais, econômicas etc. Ademais, o intérprete também deve verificar a facticidade do caso concreto que deu origem ao surgimento do precedente, examinando se eles se assemelham com os do processo no qual a tese jurídica será aplicada. O precedente somente terá força vinculante ao caso concreto se as questões jurídicas forem homogêneas.¹⁰⁸

Ainda sob essa perspectiva, LUIZ GUILHERME MARINONI ressalta o papel do Tribunal Superior no que concerne à interpretação adequada dos enunciados prescritivos afetos a determinado assunto, a qual encontra nas razões determinantes da decisão com força vinculante a projeção para a sociedade como um todo e orientação acerca do direito a ser aplicável:

resta claro que a Corte Suprema deixou de ter a função de tutelar a lei ou de dela extrair o ‘exato sentido’ e a passou a ter a função de identificar a interpretação que expressa o sentido extraível da lei que é compatível com

¹⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

¹⁰⁸ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes no novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 375.

as normas constitucionais e com as proposições sociais que permeiam um momento histórico. Essa função, ao identificar a interpretação adequada, aclara o sentido do direito e lhe confere unidade, de modo que as razões determinantes do precedente naturalmente se projetam sobre a sociedade e incidem sobre os tribunais inferiores.¹⁰⁹

Destarte, da perspectiva do sistema brasileiro de precedentes vinculantes, segundo o qual são elencados determinados instrumentos cujas decisões proferidas ostentarão essa qualidade e força, a identificação das razões determinantes é de extrema relevância, uma vez que constituem importante meio para auxiliar na compreensão da tese firmada pelo Tribunal Superior. Por conseguinte, a aferição da adequada interpretação conferida pela Corte aos enunciados prescritivos em voga somente se mostra possível se identificadas as razões determinantes, ou seja, a essência da decisão, o que efetivamente irradiará efeitos sobre os órgãos obrigados a seguir o entendimento.

Saliente-se, por fim, e com a finalidade de evidenciar uma das diferenças do sistema adotado pelo Brasil daquele empregado em países de *common law*, que, em nosso país, há previsão específica que impõe seja certa decisão dotada do efeito vinculante, do que deflui que as razões que a respaldam constituem a interpretação adequada a ser seguida. De outro lado, em países de *common law*, os motivos invocados em uma decisão somente poderão ser tornar razões determinantes de um precedente e, portanto, o direito que disciplinará relações jurídicas naquela sociedade, após o seu desenvolvimento e sua aplicação em vários casos futuros, como alerta GEOFFREY MARSHALL na passagem abaixo transcrita:

Whilst it would be absurd to define the ratio of a case as being the ruling of a future court, it may be plausible to say that what the ratio of a particular case turns out to be can sometimes be settled only after a number of similar cases have received judicial consideration and when rulings that are too broad or too restrictive have been corrected by subsequent reconsideration in the context of a series of similar decisions.¹¹⁰¹¹¹

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117.

¹¹⁰ MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016. p. 514.

¹¹¹ Tradução livre do autor: "Enquanto pode parecer absurdo definir a razão determinante de um caso como sendo a regra a ser observada no futuro, é plausível afirmar que a razão determinante de um caso específico poderá ser tornar a regra a ser seguida apenas após um grande número de casos similares receberem o mesmo tratamento pelos tribunais. E quando uma decisão é tão ampla ou tão restrita, poderá ser objeto de reconsideração no contexto de outras decisões em casos similares."

Não há predeterminação de que uma decisão constituirá um precedente a ser observado e que as razões determinantes caracterizarão a interpretação adequada. Uma decisão somente se torna um precedente se suas razões são invocadas para sustentar uma posterior. Ou seja, a primeira reflete o direito que pode vir a ser aplicado para disciplinar uma relação jurídica posterior.

Para o sistema brasileiro, em arremate, as razões determinantes são os fundamentos essenciais que conduziram o Tribunal Superior a decidir em certo sentido, no julgamento de instrumento dotado de efeito vinculante em consonância com a disposição da legislação processual. Essas razões deverão ser identificadas e auxiliarão na exata compreensão da tese firmada no julgamento.

3.5.2 – Outras razões (*obiter dictum*)

Estabelecido que as razões determinantes são os fundamentos essenciais que respaldam a decisão exarada pelo Tribunal Superior, o *obiter dictum* pode ser definido como os outros pontos suscitados¹¹² e cuja ausência não comprometeria a conclusão. São argumentos ventilados pelo autor do voto e que contribuem para aumentar o grau de persuasão quanto ao entendimento preconizado, mas que, uma vez subtraído, não afeta a decisão.

Por tal motivo, essas outras razões invocadas pela decisão, não obstante essa em si mesma tenha os efeitos vinculantes, não poderão ser tidas como integrantes do precedente e, por conseguinte, não ostentarão força semelhante à daquele. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TECCI faz ponderações nessa linha de raciocínio:

Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta a ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.¹¹³

¹¹² MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016. p. 515.

¹¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

Em sentido consentâneo com o sustentado, DANIEL MITIDIERO acrescenta que o *obiter dictum* é a referência a elementos que não dizem respeito ao caso em julgamento propriamente dito, apesar de constar da decisão exarada:

Nem tudo que está na justificação é aproveitado para formação do precedente. Existem várias *proposições que não são necessárias para solução* de qualquer questão do caso. Nessa hipótese, todo esse material judicial deve ser qualificado como *obiter dictum* – literalmente, dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*). *Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou *que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para solução do caso*.¹¹⁴

Enfim, de modo objetivo, importa para o presente item que se tenha a exata compreensão de que o *obiter dictum* é uma parte da decisão que poderá ser excluída sem afetar a conclusão externada e, por conta disso, não integra o precedente com força vinculante. O que vincula e deve ser observado são as razões determinantes, por intermédio das quais é possível aferir os fundamentos que conduziram à solução (interpretação mais adequada) ofertada.

3.5.3 – *Stare decisis*

O *stare decisis* provém dos sistemas de *common law* e não pode ser confundido com esse¹¹⁵. O *common law*, em linhas gerais, é um sistema no qual há poucas leis escritas e o direito é criado e desenvolvido pelas Cortes competentes para solucionar os conflitos existentes naquela sociedade. Por tal motivo, ao apreciar os casos que lhes são submetidos, os magistrados, baseados na sua experiência e também levando em consideração decisões proferidas em processos que apresentavam características semelhantes ao que será decidido, apresentam a solução e a disciplina para a relação jurídica entre as partes litigantes.

A concepção arraigada nos sistemas de *common law* de que o direito é criado pelas Cortes implica na ideia de que, uma vez decidida determinada disputa, a regra utilizada para resolver aquele conflito deverá ser aplicada aos casos subsequentes

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 344.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

que apresentarem grande semelhança com o primeiro. A força vinculante do precedente será tanto maior quanto for a posição do Tribunal que exarou a última decisão. E a decisão tomada em um dado caso se transforma em um precedente no instante em que for invocada como razão de decidir no processo posterior e cuja linha de raciocínio passa a ser tida como o direito a ser observado pelos integrantes daquela sociedade.

A doutrina do *stare decisis* deriva dessa marca do *common law* de que os precedentes, dada a sua característica de criador do direito para solução de determinada relação jurídica, devem ser seguidos¹¹⁶, e não apenas pelos próprios tribunais, mas pela sociedade, visto que representa o direito.

Nesse sentir, podemos afirmar que o *stare decisis* vem a ser a doutrina que prega o respeito e vinculação das decisões a serem proferidas por julgadores de instâncias iniciais aos precedentes exarados por Tribunais¹¹⁷. TAÍS SCHILLING FERRAZ pondera nesse sentido e realça o papel do *stare decisis* no sistema de *common law*:

Nesse modelo de atuação, a decisão que advirá poderá constituir precedente e será reconhecida como fonte primária do direito, obra de reconstrução da ordem jurídica, cujos efeitos naturalmente se projetarão para o futuro, e poderão ser objeto de modulação.

A invocação dessa decisão para solução de casos sucessivos, iguais ou análogos, será uma decorrência da autoridade e da legitimidade da Corte de onde provém, incumbida, na ordem constitucional, de dar a última palavra em termos de interpretação do direito. Eis porque a ideia de *stare decisis* é inerente a este modelo de seleção e julgamento de casos.¹¹⁸

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹¹⁹ afirma que o sistema pautado no respeito aos precedentes deve trabalhar com a ideia de vinculação por identidade essencial, sendo tarefa do julgador, ao avaliar se o entendimento refletido em uma decisão dotada de força imperativa deve ser aplicada, se as características essenciais do caso apreciado pelo tribunal que proferiu a decisão paradigma estão presentes.

¹¹⁶ CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 100.

¹¹⁷ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 513.

¹¹⁸ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86-87.

¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

Não se exige uma identidade perfeita entre o quadro subjacente ao processo que deu origem ao precedente e os futuros aos quais a posição será aplicada. É importante que as características essenciais sejam verificadas.

Em arremate, a adequada compreensão da figura do *stare decisis* está relacionada à força vinculante de precedentes em um dado sistema. No Brasil, em decorrência das características do sistema de precedentes implantado, entendemos que essa poderá ser aludida com menor importância se comparado com um país de tradição de *common law*, até porque, nesses, as decisões judiciais criam propriamente o direito e a invocação de determinado pronunciamento como razão de decidir autoriza a sua consideração como precedente. Por outro lado, em nosso território, as decisões judiciais criam as normas jurídicas a partir da interpretação dos enunciados prescritivos elaborados pelos integrantes do Poder Legislativo e a necessidade de observância de decisão provenientes do julgamento de alguns instrumentos decorre de imposição legal, não porque representa a criação do direito em si.

3.5.4 – Voto médio

De início, ressaltamos que a legislação processual não contém previsão que imponha a necessidade de o Tribunal Superior, após a conclusão do julgamento cuja decisão terá efeito vinculante, de elaborar um voto médio para contemplar as razões determinantes invocadas pelos julgadores que votaram no sentido vencedor. Assim, nossas palavras nesse item tem a função precípua de apresentar uma proposição com o escopo de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes introduzido no ordenamento pátrio nos últimos anos.

As decisões tomadas por Tribunais Superiores que terão efeitos vinculantes são sempre colegiadas e a maioria é obtida a partir das conclusões de cada julgador. Esses magistrados, a despeito da possibilidade de concluir no mesmo sentido ou mesmo apenas pelas conclusões ventiladas pelo relator, poderão invocar fundamentos diversos para respaldar o seu voto. Disso decorre que as razões determinantes para cada um podem ser diversas.

Por conta dessa particularidade e tendo em vista a relevância das razões determinantes na compreensão da posição firmada pela Corte, que será reduzida na tese divulgada ao final do julgamento, o voto médio se mostra como um eficiente instrumento para aglutinar as razões determinantes que tenham sido suscitadas pela maioria dos julgadores e que efetivamente convergem para o entendimento predominante. Em outras palavras, da mesma forma que ocorre com as conclusões de cada julgador, que interessam no cômputo dos votos numa dada linha interpretativa, as razões determinantes preconizadas pela maioria deverão ser contempladas e expostas no voto médio.

Neste seguir, nossa sugestão é a de que, concluído o julgamento, o julgador encarregado da elaboração do acórdão teria também a função de identificar as razões determinantes de cada voto que contribuiu para que se alcançasse a maioria do colegiado e elaborar o chamado voto médio. Assim, nesse voto médio, seriam apontados tão somente as razões tidas por determinantes pelos julgadores que compuseram a maioria vencedora e que também tenham sido invocadas por grande número deles.

Esse mecanismo terá o desiderato de auxiliar os órgãos que estão sujeitos à posição firmada pelo Tribunal Superior no ato de aplicação, uma vez que reduzirá a margem para que cada magistrado interprete o precedente e possa chegar à uma compreensão distinta. Destaque-se que esse instrumento está em sintonia com os motivos justificadores da implantação do sistema de precedentes, que é a racionalidade e objetividade do ato de aplicação do direito, possibilitando maior segurança jurídica e isonomia.

Mais adiante, trataremos do *distinguishing*, situação em que os magistrados de instâncias iniciais deverão interpretar o precedente e cotejá-lo com o caso posto à sua apreciação, a fim de verificar se a solução do Tribunal Superior deverá ser aplicada para a solução da contenda. Portanto, infere-se que mais esse instrumento não reduzirá atividade e margem de interpretação dos magistrados de instâncias iniciais, ao contrário, constituirá importante ferramenta para que a vinculação aos precedentes se torne mais efetiva.

Acrescente-se que não serão todos os temas passíveis de veiculação em um processo que serão apreciados pelos Tribunais Superiores com força vinculante, razão pela qual, por mais esse motivo, não procede argumento como o que comumente se invoca para questionar o sistema de precedentes pela suposta eliminação da margem de interpretação da legislação pelos magistrados de instâncias iniciais.

Para arrematar, concluímos que o voto médio terá a nobre função de aperfeiçoamento do sistema brasileiro de precedentes e constituirá em importante mecanismo para racionalizá-lo e objetivá-lo, como o estabelecimento de modo preciso dos elementos que efetivamente vinculam na decisão do Tribunal Superior.

3.6 – Produção de efeitos das decisões vinculantes

3.6.1 – Modulação de efeitos das decisões

O artigo 27¹²⁰ da Lei 9.868/99 dispõe que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pode fixar o momento em que se inicia a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Este, a princípio, seria o dispositivo que autorizaria o STF a modular os efeitos de suas decisões. Veja-se que, de acordo com o preceito, não é qualquer decisão que poderia ter os seus efeitos modulados, mas apenas aquelas que declaram inconstitucional certo dispositivo de lei ou ato normativo e desde que a razão subjacente seja preservar a segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Antes mesmo de tecer outras considerações, cumpre registrar que o dispositivo em questão é alvo de críticas, por afronta à própria Constituição¹²¹. Com o

¹²⁰ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹²¹ No Supremo Tribunal Federal, estão em trâmite duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as de nºs 2154 e 2258, que combatem alguns dispositivos da Lei nº 9.868/99, dentre os quais o mencionado artigo 27. As duas ADI’s encontram-se conclusas à Ministra Carmen Lúcia, em virtude de pedido de

desiderato de manter a lógica inerente ao Ordenamento Jurídico, quaisquer enunciados que objetivam restringir o alcance da Constituição e/ou pretender validar condutas pautadas em leis ou normas declaradas inconstitucionais, devem necessariamente estar previstas na própria Constituição.

Logo, a tentativa do artigo 27 da Lei 9.868/99, de atribuir competência aos Ministros do STF para modular os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou norma seria inconstitucional, pois apenas a Constituição poderia disciplinar sobre esse tema, jamais uma lei ordinária¹²². Entretanto, em que pese a existência de ataques ao artigo 27 da Lei 9.868/99, o fato é que o referido dispositivo goza da presunção de constitucionalidade e, enquanto a norma construída a partir de sua interpretação não for declarada inconstitucional pelo STF, possui vigência e deverá ser observada.

Ocorre que, segundo o artigo 27, não é toda decisão que declare inconstitucional dispositivo de lei ou ato normativo que pode ter os seus efeitos modulados pelo STF, mas apenas quando razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social estiverem presentes.

Com a edição do CPC de 2015, foi introduzido o artigo 927, § 3º¹²³, que contém redação semelhante à do artigo 27 da Lei 9.868/99, o qual autoriza não apenas o STF a modular os efeitos de suas decisões, mas também os tribunais superiores, desde que ocorra modificação de sua jurisprudência ou em julgamento de

vista, após a prolação do único voto, do Ministro Sepúlveda Pertence (hoje aposentado), pela inconstitucionalidade do artigo 27.

¹²² “Parece-nos que esse dispositivo [art. 27, Lei nº 9.868/99] é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implicitamente admitida no texto da Constituição, como examinado anteriormente; sendo desnecessária, portanto, a previsão em lei infraconstitucional.

Além disso, a norma em epígrafe está maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

Isso porque os aspectos materiais da decisão de inconstitucionalidade constituem objeto de norma constitucional. A fiscalização de constitucionalidade é um mecanismo de controle do Judiciário sobre a atividade dos órgãos com competência legislativa. Vale dizer, é uma forma de um Poder controlar a atividade de outro. Por isso, não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo, ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso, o Poder Judiciário. Tais alterações só poderão ser efetuadas por meio de emenda constitucional, nunca por lei ordinária.” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, 2002. p. 99.)

¹²³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

recursos repetitivos. A razão para justificar a modulação dos efeitos deverá ser o interesse social e segurança jurídica. E aqui, chama-nos atenção a circunstância de não mais se exigir que a decisão a ser modulada seja aquela que tenha declarado a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo. O parâmetro passa a ser a jurisprudência do tribunal ou a prolação de decisão em julgamento de recursos repetitivos.

De todo modo, o ponto de atenção é a existência de um entendimento com amplo alcance e que cuja modificação tem o condão de afetar um número expressivo de relações jurídicas, razão essa que permite sejam calibrados os efeitos da decisão, com o estabelecimento de um momento específico a partir do qual a interpretação conferida deverá ser observada.

Nessa linha de raciocínio, a definição de segurança jurídica se mostra necessária. Em um estado democrático de direito, cujas normas fundamentais estão previstas na constituição federal, pode-se afirmar que a segurança jurídica está no respeito irrestrito aos ditames da carta política, às leis e às determinações emanadas dos órgãos (instituições) que integram o Estado. Ou seja, o respeito aos pronunciamentos exarados pelas autoridades às quais foi atribuída competência para resolver conflitos ou mesmo editar atos com força normativa.

HELENO TAVEIRA TORRES fornece importantes considerações a respeito da concepção de segurança jurídica, em especial como mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos na própria Constituição Federal:

No constitucionalismo do Estado Democrático de Direito a segurança jurídica vê-se incorporada ao ordenamento como garantia constitucional não apenas da estrutura formal sistêmica e da certeza do direito (*segurança jurídica formal*), mas como meio de efetividade dos direitos e liberdades fundamentais (*segurança jurídica material*), como proteção a esses direitos. Daí comumente dizer-se que o Estado Democrático de Direito é o “Estado de Segurança”, na medida que a segurança jurídica converte-se em *fim* do ordenamento, ou seja, um fim sistêmico.¹²⁴

Recentemente, o Decreto-Lei 4.657/1942, mais conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), foi alterado pela Lei

¹²⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178.

13.655/2018, a qual introduziu, dentre outros enunciados, o artigo 24¹²⁵, que estabelece que a revisão de atos, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, deve levar em consideração a orientação e interpretação prevalentes no momento da prática do ato.

Este enunciado prescritivo apresenta relevante ponto a ser observado pelas autoridades detentoras de competência para revisão de atos. Até porque, imagine-se a situação hipotética em que um ato de lançamento, para nos restringir ao campo tributário, é praticado por um contribuinte (lançamento por homologação) no ano 2000. Considerando-se que a revisão dessa conduta pode ser feita em até cinco anos (artigo 150, § 4º, do CTN), sobrevenha a lavratura de um auto de infração no final do ano de 2004. O contribuinte se insurge contra o auto de infração e apresenta sua impugnação. Seguindo no esforço intelectual, o recurso administrativo venha a ser julgado no ano de 2010.

Quando o contribuinte apresentou suas declarações (ano 2000), a interpretação dos enunciados prescritivos aplicáveis ao seu caso foi efetuada levando em conta o entendimento predominante nos órgãos administrativos de julgamento. Em outras palavras, pautou esse contribuinte na posição da jurisprudência majoritária existente naquele tempo, ainda que não concordasse com a linha de raciocínio.

Posteriormente, no ano de 2004, ainda no caso hipotético, o contribuinte é surpreendido com a lavratura de um auto de infração resultante da interpretação dos mesmos enunciados prescritivos, pela autoridade administrativa, em sentido oposto à majoritária no ano de 2000.

Ainda que se ignore a possibilidade de o julgamento do recurso administrativo ocorrido no ano de 2010 ter partido de premissas diversas e admitidas naquele momento, pode-se concluir que o administrado, na situação hipotética descrita, está à mercê da oscilação da interpretação dos enunciados prescritivos aplicáveis ao seu

¹²⁵ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

caso. Ora, sempre tendo em vista situações imunes a quaisquer ilicitudes, o contribuinte que pauta sua conduta na interpretação predominante no órgão administrativo de julgamento no momento da prática do ato, não pode vir a ser cobrado em função do entendimento que a passou a observado anos depois.

A possibilidade de mudança de interpretação de enunciados prescritivos é resultado da própria dinâmica do estado de direito e reflete as modificações, em diversas acepções, que acometem a sociedade e influenciam os aplicadores do direito. A busca pela segurança jurídica, como nos parece ser a interpretação mais adequada do artigo 24 da LINDB, impõe que os atos consolidados e concluídos no passado em sintonia com orientação predominante devam ser protegidos e insuscetíveis de revisão ou reforma com arrimo em interpretação superveniente. As ponderações de HUMBERTO ÁVILA, no que diz respeito a esse tipo de insegurança, são oportunas:

Pode-se dentro de todo esse contexto, afirmar que não apenas o futuro, mas também o passado termina provocando insegurança. O cidadão, pela ausência de inteligibilidade do ordenamento jurídico, não sabe o que é válido hoje (insegurança com relação ao Direito presente); ele, pela falta de previsibilidade do ordenamento jurídico, igualmente não sabe o que será válido ou vinculante amanhã (insegurança com relação ao Direito futuro); e ele, pela carência de estabilidade do ordenamento jurídico, paradoxalmente também não sabe se o que foi válido ontem continuará valendo hoje (insegurança com relação ao Direito pretérito). O Direito não é seguro. E um Direito que não é seguro, não é direito, como lembra Carnelutti.¹²⁶

Justamente em decorrência de um cenário marcado por mudanças de interpretação, a segurança jurídica como valor a ser alcançado pressupõe o estabelecimento de balizas e critérios que protejam os administrados que agem com moderação e seguindo orientações fornecidas pela própria Administração ou mesmo precedentes emanados do Poder Judiciário. Não se pode admitir que uma interpretação predominante em determinado período seja utilizada como fundamento para a revisão e/ou reforma de ato praticado muitos anos antes e no qual a orientação era diversa. Essa a concepção de segurança jurídica que preconizamos e com base na qual entendemos que a modulação dos efeitos de decisões que modificam jurisprudência dominante deveria se pautar.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 68.

O outro requisito, alternativo, a autorizar a modulação dos efeitos de decisões é o interesse social. A ideia de interesse social, ao nosso sentir, confunde-se com a própria concepção de segurança jurídica, pois quaisquer medidas atentatórias à segurança jurídica, que deve ser característica indelével do estado democrático de direito, são igualmente atentatórias ao interesse social.

Ademais, levando em consideração o momento em que estão sendo introduzidos e aperfeiçoados mecanismos que autorizam os julgamentos de recurso de forma abstrata, atribuindo-se uma elevada força vinculante aos pronunciamentos dos tribunais superiores quando atuam dessa forma, entendemos haver pertinência em afirmar que quaisquer decisões oriundas de instrumento dotado de tal nível de vinculação afetam o interesse social. A aceção de interesse social está subjacente e compreendida nos instrumentos que permitem a realização de julgamentos com enfoque abstrato, na medida em que um dos pressupostos para tanto é a transcendência dos efeitos da decisão – logo, grande número de interessados.

Pertinente é, ainda, asseverar que os tribunais superiores também sofrem com alteração em sua composição, o que justifica a modificação da sua jurisprudência e o entendimento a respeito de determinados temas. Portanto, desde que sejam razoáveis, as diferentes interpretações de um mesmo texto são aceitáveis e igualmente válidas.

Porém, as alterações jurisprudenciais, quando decorrem da modificação da interpretação acerca de um mesmo dispositivo, dentre as várias possíveis, não podem ter efeitos *ex tunc*.

Destarte, pretender atribuir efeitos retroativos à decisão que altera jurisprudência dominante, em decorrência de novo modo de interpretar um enunciado, é afronta à segurança jurídica, como anteriormente afirmado. Relevante lembrar que as decisões tomadas pelos tribunais superiores servem de parâmetro para decisões que serão exaradas pelos tribunais.

Tanto isso é verdade que o CPC, em seu artigo 932, inciso IV, excepciona a regra de que os recursos devem ser julgados pelo colegiado do respectivo tribunal, e autoriza o relator a negar provimento, monocraticamente, a recurso que for contrário a súmula do STF ou STJ, acórdão proferido em julgamento de recurso repetitivo e

entendimento decorrente de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.

Não bastasse isso, a legislação processual tem adotado vários mecanismos tendentes a dar mais efetividade ao processo e, conseqüentemente, às decisões, privilegiando e fortalecendo o papel da jurisprudência dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que externa a derradeira manifestação a respeito da constitucionalidade da norma construída.

A fim de analisar um tema tributário em especial, e que ilustra a necessidade de modulação dos efeitos de decisão que impliquem em modificação de jurisprudência da Corte, recorde-se o julgamento do Recurso Extraordinário 353.657-5 – PR¹²⁷, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, pelo STF.

Não serão tecidas considerações detalhadas acerca do mérito da discussão travada nos autos do Recurso Extraordinário 353.657-5 – PR, quanto ao direito ou não ao aproveitamento dos créditos de IPI decorrentes da aquisição de matérias-primas tributadas à alíquota zero. O relevante é que a discussão girava em torno da interpretação do artigo 153, inciso IV, § 3º, inciso II, da Constituição¹²⁸, que estabelece a não-cumulatividade do IPI, de modo que o contribuinte tem o direito de compensar, na operação subsequente, o valor cobrado nas operações anteriores.

O STF, no ano de 1998, posicionava-se no sentido de que os contribuintes tinham direito à compensação do valor cobrado nas operações anteriores a título de IPI na aquisição de insumos isentos na operação imediatamente anterior¹²⁹,

¹²⁷ “IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme exposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.

IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – CREDITAMENTO – INEXISTÊNCIA DO DIREITO – EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação dos efeitos de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.”

¹²⁸ Art. 153. Compete à União instituir os impostos sobre: (...)

IV – produtos industrializados; (...)

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV: (...)

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

¹²⁹ Não se olvida a diferença existente nos casos de insumos isentos, não tributados e sobre os quais incide alíquota zero, cada um com suas peculiaridades. Contudo, na prática, e esse foi o ponto decisivo, no entender do Supremo Tribunal Federal, para a resolução da discussão, não há tributo a ser pago na

entendendo que o direito ao crédito não estava ligado, necessariamente, ao valor efetivamente pago na operação antecedente, considerando toda a cadeia de circulação da mercadoria¹³⁰.

Na mesma linha interpretativa, o STF, em 2002, assentou que os contribuintes tinham direito ao creditamento do IPI decorrente da aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero na operação imediatamente anterior, sob o mesmo fundamento dos insumos isentos¹³¹.

Inferre-se, pois, que, no STF, prevalecia o entendimento, sobre o princípio da não-cumulatividade do IPI (artigo 153, inciso IV, § 3º, inciso II, da CF), de que, mesmo nas aquisições de insumos isentos ou tributados sob a alíquota zero, o crédito do imposto poderia ser compensado com a quantia devida na operação subsequente, quando houve incidência do tributo em uma das operações anteriores, mesmo que a imediatamente precedente tenha sido isenta ou tributada à alíquota zero.

Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 353.657-5 – PR, ocorrido em 15/02/2007, o STF alterou o seu entendimento sobre o princípio da não-cumulatividade do IPI e, por conseguinte, a jurisprudência consolidada, para assentar que poderiam ser compensados, na operação subsequente, tão somente os valores que forem efetivamente recolhidos na anterior.

Veja-se que a modificação foi radical, na medida em que, antes, a interpretação adotada levava em consideração o valor devido nas operações anteriores e considerando toda a cadeia de circulação, independentemente de ter sido

operação imediatamente anterior quando o insumo é isento, não tributado ou tributado sob alíquota zero. Portanto, o entendimento foi estendido às três situações.

¹³⁰ “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido.” (RE 212.484 – RS; Relator Ministro Ilmar Galvão; Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim; Tribunal Pleno; julgado em 05/03/1998)

¹³¹ “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO, INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se tratar de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido.” (RE 350.446 – PR; Relator Ministro Nelson Jobim; Tribunal Pleno; julgado em 18/12/2002)

recolhido ou não na etapa anterior; o novo entendimento, ao revés, tomou como referência o valor recolhido pelo contribuinte na operação imediatamente anterior.

Na situação em foco, em razão da alteração de posição dominante no Pretório e tendo em vista a acepção de segurança jurídica que adotamos, entendemos que deveriam ter sido modulados os efeitos da decisão, para atribuir efeitos *ex nunc* ao novel posicionamento, uma vez que: a) houve alteração de jurisprudência em função de modificação de entendimento sobre determinado dispositivo constitucional (artigo 153, inciso IV, § 3º, inciso II, da CF; e, b) assegurar a segurança jurídica, derivada da construção de normas individuais e concretas (prolação de sentenças, acórdãos, utilização de créditos do IPI) em conformidade com o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal.

Pertinentes, nesse aspecto, foram as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, no voto proferido no Recurso Extraordinário nº 353.657-5 – PR, ao justificar a necessidade de se modular os efeitos da decisão:

Foi exatamente o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90, passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados. (...)

Por essas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social.

Consigne-se que o fito do Ministro Ricardo Lewandowski, ao propor a modulação dos efeitos da decisão, era justamente resguardar os contribuintes que se pautaram em estrita conformidade com a jurisprudência do STF dos ônus (possibilidade de cobrança dos valores creditados) oriundos da modificação jurisprudencial. Em outras palavras, visava-se preservar a segurança jurídica, homenageando o contribuinte que se pautou de acordo com o entendimento da mais alta Corte do país sobre o tema.

Na linha do que sustentamos, na espécie, a modulação dos efeitos da decisão que alterou o entendimento jurisprudencial dominante sobre a matéria era medida necessária ao alcance da segurança jurídica e como mecanismo tendente a proteger

os contribuintes que agiram de acordo com a jurisprudência predominante em um período de tempo (pelos menos, entre 1998 e 2006).

Como ressaltado, a guinada na jurisprudência do STF a partir do ano de 2007 não poderia implicar ou mesmo servir de fundamento para que se passasse a exigir, dos contribuintes que haviam aproveitado os créditos de IPI no período em que a jurisprudência do STF admitia tal comportamento, o tributo acrescido de multas e juros. A orientação vigente admitia a outra interpretação e os contribuintes que a seguiram não infringiram a legislação tributária. Ao contrário, ainda que pudessem discordar, observaram a jurisprudência na condução de seus negócios.

O artigo 24 de LINDB apresenta importante elemento que deve ser considerado na análise da temática, uma vez que estabelece que a revisão ou a reforma não pode atingir situações concretizadas e nas quais tenham sido observadas orientações prevalecentes no momento da sua prática. Apesar da recente alteração legislativa, não se pode perder de vista que a ideia de segurança jurídica decorre das disposições constitucionais e que indicam este como sendo um valor desejado pelo Ordenamento Jurídico.

Contudo, entendeu o STF, no caso em análise, que a modulação não poderia ser aplicada, ao argumento de que o artigo 27 da Lei 9.868/99 somente autoriza quando há declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo, o que não se verificou na espécie. Não concordamos com a posição alcançada, uma vez que foi autorizada a produção de efeitos retroativos a entendimento modificador de jurisprudência predominante por muitos anos, acarretando, como consequência, em verdadeira insegurança para aqueles que confiaram na orientação antes emanada pela Suprema Corte.

MISABEL ABREU MACHADO DERZI, em estudo sobre o tema da produção dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência consolidada, assevera que, nessas hipóteses, a modulação dos efeitos da decisão é necessária:

Como se sabe, segundo a doutrina nacional ou estrangeira, a lei (como enunciado próprio do Poder Legislativo) não se confunde com a norma jurídica. A norma jurídica tem seu suporte físico no enunciado lingüístico do legislador, mas não se esgota nele, nem poderia, resultando de uma construção contínua muito mais ampla complexa do texto e do contexto jurídico. O Direito não está pronto, é continuamente deduzido das fórmulas legislativas, judiciais e administrativas (revela-se). A lei posta pelo Poder

Legislativo pode comportar, assim, mais de uma interpretação, mais de uma significação, de modo que a lei que vige, em determinado momento, é a lei segundo uma de suas interpretações possíveis. A certa altura, sem nenhuma mudança literal da fórmula legislativa, que conserva os mesmos enunciados lingüísticos, altera-se a interpretação que da mesma lei faz a Administração ou fazem os Tribunais, que passam a decidir conforme outra interpretação. Surge, então, sem lei nova como ato emanado do Poder Legislativo, espécie de lei nova, proclamada pelos demais Poderes. Por tais motivos, diz a Constituição, no art. 5º, XXXVI: 'A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.'

Por isso mesmo, o princípio da irretroatividade estende-se a todos os Poderes, sob pena de se frustrar a segurança jurídica.

Passa longe desse relato a idéia de que devessem ser vedadas as mudanças de interpretação ou a evolução da jurisprudência. A cristalização da jurisprudência pode trazer prejuízos para a ordem jurídica e mesmo seu insuportável desacoplamento em relação à ordem política ou econômica. Mas o tempo e a impressionante celeridade com que se processam as operações no campo político ou econômico não podem ser os mesmos no sistema jurídico. É inconcebível que as mudanças jurisprudenciais sejam danosas àquele contribuinte que pautou o seu comportamento na direção indicada pelas decisões reiteradas dos tribunais, confiando legitimamente no pensamento predominante da Corte Constitucional. Os efeitos de uma decisão, que inova a ordem jurídica em relação ao posicionamento anterior da própria Corte, somente podem se projetar para o futuro, em relação a novos fatos geradores. Esse é o fenômeno do respeito às fundamentações e aos precedentes e, em especial, ao sopesamento das conseqüências da decisão.¹³²

Em adição, oportunas são as palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO:

(...) nenhum órgão jurisdicional está impedido de rever sua própria jurisprudência e modificá-la, uma que o entendimento antigo deve ser substituído por outro. As exigências da segurança jurídica, evidentemente, não têm o condão de cristalizar a jurisprudência e impedir o avanço social também no âmbito da prestação jurisdicional. Essa modificação, porém, estabelecerá um novo paradigma a partir do qual as expectativas dos jurisdicionados serão construídas. Ou seja, o órgão jurisdicional sempre poderá modificar o seu entendimento acerca de determinada matéria, mas o princípio da segurança jurídica continua a incidir: a partir desse momento, os casos novos equivalentes deverão receber a mesma solução.¹³³

Para concluir, entendemos que os tribunais superiores não só podem, como devem, modular os efeitos de suas decisões nos casos em que houver modificação de entendimento jurisprudencial consolidado, independentemente de qual o instrumento tenha sido objeto de julgamento, visto que a interpretação fornecida serve de parâmetro para a tomada de decisões pelos tribunais inferiores, pela Administração e também pelos particulares.

¹³² DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coordenadores). *O processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008. p. 187/188.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 285/286.

3.6.2 – Declaração de inconstitucionalidade

Uma vez concluído o julgamento de um instrumento cuja decisão é dotada do efeito vinculante, em especial quando oriundo do STF, emerge a questão concernente à possibilidade de a tese divulgada, e que reflete a interpretação adequada do dispositivo constitucional segundo a Corte, ser tida como parâmetro para análise da constitucionalidade de outros enunciados prescritivos.

A indagação é oportuna porque, partindo da premissa de que o entendimento alcançado vincula os demais órgãos do Poder Judiciário – e inclusive a Administração como um todo, conforme será objeto de exposição adiante –, poderia ser arguido que as normas construídas em sentido antagônico estariam maculadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Ao nosso ver, entretanto, a posição firmada pelo STF em um precedente vinculante não deve ser utilizada como critério para aferição da constitucionalidade de outro enunciado prescritivo. As decisões proferidas pelo STF decorrem da interpretação dos dispositivos constitucionais – e também da legislação infraconstitucional – aplicáveis aos casos submetidos à sua apreciação.

Uma vez externada a posição do STF a respeito da mais adequada interpretação de certo enunciado da Constituição Federal, a posição deverá ser assumida como premissa por outros julgamentos quando houver necessidade de sua invocação na linha de raciocínio a ser desenvolvida. Até porque, diante da apreciação do tema pelo STF, a revisitação da matéria poderá não ocorrer ou mesmo ser empreendida após considerável intervalo de tempo.

Destarte, ainda que a decisão possua efeito vinculante e seja imperativa a sua aplicação aos casos pendentes semelhantes, essa não assumirá uma posição de referência no sistema para fins de avaliação da compatibilidade da norma construída a partir da interpretação de outro enunciado prescritivo qualquer com a Constituição Federal.

Os novos casos que venham a demandar a apreciação, pelo Poder Judiciário, quanto à constitucionalidade dos dispositivos aplicáveis exigirão que a análise seja desenvolvida em face do texto constitucional em vigor e à luz da interpretação conferida pela Corte aos seus enunciados e diante das circunstâncias postas na ocasião, mas não tendo como ponto de partida a releitura do entendimento firmado no precedente com força vinculante.

3.7 – Modificação de precedente (*overruling*) e efeitos do novo entendimento

As normas jurídicas são construídas a partir da interpretação que as autoridades competentes atribuem os termos contidos nos enunciados prescritivos e levam em consideração a sua posição no ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo-se as relações de subordinação e coordenação, como afirmamos no item 1.3.3. em sintonia com as lições de PAULO DE BARROS CARVALHO.

Por certo que a interpretação dos enunciados prescritivos poderá variar a depender de uma série de circunstâncias, tais como qual a autoridade que desempenhou tal função, os valores que predominam no momento histórico em que essa é empreendida, as novas disposições que vierem a ser introduzidas no sistema do direito positivo. Enfim, há um grande número de fatores que podem ensejar a construção de uma norma jurídica em sentido diverso àquele que outrora se alcançou.

Na mesma linha, com relação aos precedentes com efeitos vinculantes, também há possibilidade de modificação de certo entendimento (*overruling*). Uma vez exarada uma decisão com força vinculante, a posição deverá ser invocada no julgamento dos processos pendentes e que venham a ser instaurados enquanto aquela estiver em vigor. E os objetivos de isonomia e segurança jurídica desejados com a previsão do mecanismo que impõe maior objetividade e racionalidade no sistema de resolução de conflitos caminham nessa direção.

Entretanto, o posicionamento firmado em instrumentos dotados de efeito vinculante não deve representar o sepultamento definitivo de uma discussão e obstar que o tema possa vir a ser reapreciado pelos tribunais superiores, mas é importante que novos elementos sejam adicionados ao debate para que a revisitação da matéria

seja levada a efeito. Em outras palavras, proferida decisão por um tribunal superior segundo um regime que confere efeitos vinculantes, deve haver uma aceitação social (eficácia social) e, por conseguinte, observância do comando exarado.

E o próprio sistema processual contém diversas disposições que obstam, em especial perante tribunais de 2º grau, a continuidade de processos envolvendo temas definidos por algum dos instrumentos com efeito vinculante. A título de exemplo, a possibilidade de julgamento monocrático de recursos (artigo 932, inciso IV, alíneas 'b' e 'c', do CPC) e a negativa de seguimento a recursos especiais e extraordinários contra acórdãos que estejam em consonância com o entendimento do STF e do STJ decorrente de julgamento de recursos repetitivos (artigo 1.030, inciso I, do CPC).

Assim, para que se possa admitir a revisitação do tema já apreciado pelo STF ou pelo STJ em instrumento marcado pela abstrativização e cujo resultado é a atribuição de efeito vinculante, é importante que surjam novos elementos ao debate, que podem ser tanto a edição de nova legislação que tenha o condão de afetar a posição anterior ou mesmo se, ainda que se esteja diante do mesmo quadro legislativo vigente quando da prolação da primeira decisão, o posicionamento precedente se mostrar descolado da demanda social do momento ou se mostrar incompatível com sistema.

O sistema do direito positivo é uma criação humana e se destina à disciplina das relações existentes em dada sociedade. Logo, não é adequado e muito menos razoável que sejam perpetuadas interpretações e orientações que não mais sejam aderentes à realidade social. Por conseguinte, sempre que houver fatores com capacidade de afetar aplicação do entendimento exarado por um tribunal superior ou mesmo se o momento exigir uma solução diversa, a superação do precedente é recomendável e até necessária.

E consideramos sempre importante ressaltar que a possibilidade e necessidade de superação de precedentes quando houver justificativa consistente para tanto não significa que os sujeitos que não concordam com a posição adotada devam se recusar a segui-la e permanecer insistindo no debate sem acrescentar novos elementos. O amadurecimento e desenvolvimento da sociedade requer que as

suas premissas sejam respeitadas e, ainda que não se concorde com a posição externada em uma decisão de tribunal superior, essas devem ser seguidas.

Por tal motivo, a irresignação diante de uma dada interpretação deverá ser questionada com novos pontos e demonstração de que a pretérita posição se mostra desconectada seja do sistema do direito positivo vigente, seja da aderência social. PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO tece considerações acerca de razões que podem levar à superação do precedente:

razões para se revogar um precedente: sua incongruência social e sua inconsistência sistêmica. A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.¹³⁴

DANIEL MITIDIERO reforça a necessidade de a decisão judicial com efeitos vinculantes ser aderente à realidade social e coerente com o sistema:

A superação de um precedente (*overruling*) constitui resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedente (*basic overruling precedent*).¹³⁵

Tem-se, portanto, que o sistema de precedentes vinculantes não colima a estratificação do direito e sepultamento das discussões de matérias específicas após a conclusão do julgamento por um tribunal superior. Ao revés, o desiderato dessa sistemática é o possibilitar mecanismos que confirmam segurança jurídica e assegurem a isonomia em temas que afetam um grande número de interessados, mediante previsão de instrumentos que racionalizam e objetivam os julgamentos.

A partir do momento em que a solução apresentada pelo tribunal superior se mostrar desconexa dos anseios da sociedade e não coerente com o próprio sistema

¹³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237.

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 347.

do direito positivo, a revisitação do tema deverá ser feita e, como resultado, poderá haver a superação da posição pretérita.

Pondere-se, em adição, que o sistema brasileiro não contém a disciplina concernente ao modo como a reapreciação de tema decidido em mecanismo dotado do efeito vinculante se dará. Ao nosso ver, o recrudescimento do questionamento de certa posição com adição de novos elementos e a verificação de que ele não se encontra em sintonia com a realidade em dado período histórico, principalmente quando modificações substanciais foram implementadas após a conclusão do julgamento inicial, são fatores que justificam e impõem a reapreciação da matéria.

Isto quer dizer, não há parâmetros objetivos para determinar quando e como um tema definido em julgamento com efeito vinculante poderá vir a ser reapreciado. As circunstâncias deverão ser aferidas de forma casuística e a partir da congruência sistêmica da posição questionada.

Destarte, considerando a situação em que o tema foi objeto de nova apreciação e o tribunal superior entenda pela superação da posição anterior (*overruling*), conforme já sustentamos no tópico concernente à modulação de efeitos das decisões, entendemos que o novo entendimento deva ter efeitos prospectivos (*ex nunc*). Como ressaltado, a decisão com efeitos vinculantes é tida como parâmetro para a tomada de decisões pelos integrantes da sociedade e é com base na qual uma série de relações jurídicas é firmada. Logo, a mudança de perspectiva não poderá ser invocada para afetar as relações constituídas no período em que o entendimento anterior – ainda que pudesse ser objeto de questionamento – estava em vigor.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI disserta a respeito dos efeitos da modificação do precedente vinculante e, inclusive, faz alusão à figura do *anticipatory overruling*, verificado em tribunais estadunidenses:

Distingue-se ainda, como exceção à regra do precedente vinculante:

a) a *retrospective overruling*: quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento;

b) a *prospective overruling*: instituída pela Suprema Corte americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos;

c) a *anticipatory overruling*: introduzida, como inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do

precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí 'uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao overruling'.¹³⁶

Em interessante artigo a respeito do *anticipatory overruling* sob a perspectiva estadunidense, MARGARET N. KNIFFEN apresentar um rol de razões que conduzem alguns tribunais a decidir em sentido diverso ao de um precedente antes mesmo de a Suprema Corte superar o entendimento anterior:

The device of anticipatory overruling has been used by courts of appeals for a number of stated reasons, among them: belief that the precedent has been eroded (but not overruled) by subsequent Supreme Court decisions; perception of a trend in Supreme Court decisions toward another rule; and awareness that the Supreme Court has indicated in other opinions that it is awaiting an appropriate case as a vehicle for overturning the precedent. Other reasons, employed in combination with these, include: the likelihood that changes in Supreme Court membership or in particular Justices' views will result in the overturning of the precedent; a sense that the Supreme Court may have erred or been misled in the earlier decision and therefore would decide differently now; and the experience of the Supreme Court and other courts in practical application of the precedent.¹³⁷¹³⁸

É relevante notar que algumas das justificativas apontadas por MARGARET N. KNIFFEN para a adoção da medida nos Estados Unidos também poderão ser invocadas para a superação de precedente no sistema brasileiro, tais como: i) a percepção de que a posição anterior não tem sido tomada como premissa pelo próprio tribunal superior em julgamentos posteriores; ii) probabilidade de o entendimento ser modificado em virtude da nova composição da corte; iii) avaliação de que o tribunal tenha errado no julgamento anterior e que no momento decidiria de outra forma; e, iv)

¹³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 109.

¹³⁷ KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. Fordham Law Review. V. 51. New York, 1982. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2> . p. 53 e 54.

¹³⁸ Tradução livre do autor: "O instrumento da superação antecipada do precedente tem sido usado por tribunais com base em algumas razões, dentre elas: concepção de que o precedente foi destruído (mas não modificado) por decisões subsequentes da Suprema Corte; expectativa de que há uma tendência de que a Suprema Corte decida em outro sentido; e consciência de que Suprema Corte indicou em outras oportunidades que está aguardando um caso apropriado para modificar o precedente. Outras razões, em combinação com essas, compreendem: probabilidade de modificação da composição da Suprema Corte ou o entendimento de um dos julgadores, o que resultará na superação do precedente; a percepção de que a Suprema Corte pode ter errado ou sido induzida a erro na decisão anterior e, portanto, decidirá diferente agora; e a experiência da Suprema Corte e outros tribunais na aplicação de precedentes.

mesmo a verificação de dificuldade na própria aplicação do precedente por outros tribunais.

Com a devidas ressalvas e adequações que a análise da experiência de outros países merece, haja vista as características de cada sistema, podemos aproveitar das lições apresentadas por MARGARET N. KNIFFEN acerca do *antecipatory overruling* que a superação de um precedente está diretamente relacionada à verificação da aderência do entendimento anterior ao momento e aos valores que predominam na sociedade.

No Brasil, entendemos que não há espaço para o *antecipatory overruling*, até porque – e conforme será exposto no Capítulo 4 – a não aplicação do precedente vinculante autoriza a propositura da reclamação perante o tribunal superior que teve sua decisão contrariada por órgão de inferior instância. Não obstante, as considerações lançadas contribuem para a discussão aqui enfrentada e mostram que o questionamento da posição anterior com fundamento em novos elementos e não congruência com os valores que predominam em determinado momento tem o condão de permitir que o tema seja reapreciado sob o novo prisma.

3.8 – Aplicação de precedente vinculante e *distinguishing*

Concluído o julgamento do instrumento cuja decisão terá efeito vinculante e publicado o acórdão, o entendimento deverá ser observado pelos demais tribunais e órgãos de primeira instância, bem como a Administração. Nas situações envolvendo a apreciação de recurso extraordinário com repercussão geral, o artigo 1.035, § 11, do CPC, estatui que a mera publicação da súmula da decisão já valerá como acórdão.

O ponto de relevo no que toca à aplicação de um precedente, segundo o modelo adotado no Brasil e tendo em vista as ponderações apresentadas no item 3.5.4 quanto à utilidade da confecção de um voto médio, é que a conclusão do tribunal superior, refletida em um breve excerto, muito se assemelha a um enunciado prescritivo qualquer, conforme também pontuam GEORGES ABBOUD e MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTI:

A adequada compreensão das diferenças entre texto (enunciado) e norma e, conseqüentemente, a aceitação da superação do silogismo e da interpretação como ato revelador da vontade da lei ou do legislador permitem dizer, por exemplo, que as súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* (ou, como dizem os norte-americanos, a *holding*) extraída dos precedentes judiciais são nada mais do que textos normativos, que também precisam ser interpretados para o caso concreto no qual serão aplicados.¹³⁹

Tanto no STF quanto no STJ, passou a ser comum a divulgação de um extrato contendo a tese ou tema decidido, que se limita a afirmar a conclusão alcançada, sem maiores subsídios que poderão auxiliar na compreensão do alcance da decisão. Isto implica, por certo, nas variações verificadas na prática forense no que concerne à aplicação dos precedentes, na medida em que o texto da tese ou do tema será objeto de interpretação pela autoridade competente quando da construção de uma norma individual e concreta. Ao nosso ver, esse extrato com o resultado do julgamento deve, necessariamente, ser interpretado em consonância com as razões que predominaram nos votos vencedores, a fim de que não se tome apenas as conclusões externadas, mas os motivos que conduziram a elas.

Seguindo esse método, evitar-se-ia a continuidade de discussões após a invocação do precedente para solucionar o caso. A racionalidade e objetividade que se esperam do sistema de precedentes não são consentâneas com a manutenção dos debates depois que o precedente for aplicado. Todavia, as interpretações dissonantes a respeito do que efetivamente decidiu o tribunal superior poderá desaguar nesse resultado indesejado.

Há uma situação recente que pode ser utilizada para ilustração dessa consequência indesejada. No julgamento do tema 69 de repercussão geral, o STF assentou que: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Mesmo com a publicação do acórdão e diante das diferentes motivações dos votos que conduziram a esse entendimento, ainda se debate qual a parcela do ICMS que deverá ser excluída das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Muito embora a métrica para apuração dessas contribuições – que incidem sobre o faturamento das pessoas jurídicas – indique que o valor destacado no documento fiscal emitido sempre que houver a venda de mercadorias ou prestação de serviços

¹³⁹ ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes no novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 360.

(comunicação e transporte), o fato de o ICMS ser um imposto não cumulativo e a necessidade de confrontar créditos e débitos do tributo ao final de cada período de apuração, levou a União a invocar tal ponto para questionar e tentar restringir a aplicação da decisão do STF.

Observe-se que, não obstante o STF tenha enfrentado o tema e proferido o acórdão que consolidada as manifestações dos seus integrantes, o aspecto citado enseja uma grande dificuldade de encerramento das disputas envolvendo a matéria, contrariando a própria lógica inerente ao sistema de precedentes.

Tais fatores, e tomando como referência as controvérsias que a aplicação dos precedentes tem gerado, levam-nos a concluir que a adequada aplicação dos precedentes exige que a autoridade competente para desempenhar tal papel interprete não apenas a tese ou o tema divulgados, mas sobretudo as razões determinantes que predominaram nos votos vencedores, a fim de identificar com maior precisão o conteúdo do entendimento majoritário e que é vinculante.

Esse o grande desafio e que também proporcionará a correta aplicação da solução dos tribunais superiores para encerrar discussões sobre temas já definidos com força vinculante. E a consequência da adequada aferição do comando emergente do precedente vinculante é a sua aplicação aos casos que possuem identidade essencial, como preconizado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁴⁰, e, de igual modo, possibilitar o *distinguishing* nas situações em que as diferenças demandarem a adoção de solução diversa.

¹⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

Capítulo 4 – Instrumentos para desafiar a aplicação de precedentes vinculantes

4.1 – Reclamação

4.1.1 – Natureza jurídica

A natureza jurídica da reclamação é objeto de debate, apesar de a doutrina ser majoritária no sentido de que se trata de uma ação, ao passo que o STF segue o raciocínio de que o instrumento se insere no direito constitucional de petição.

De início, a reclamação não pode ser tida como um recurso, visto que combate não apenas decisões proferidas no processo, mas também atos administrativos que desrespeitem o entendimento refletido em súmula vinculante.

Além disso, o simples fato de ser distribuída perante um Tribunal não permite, ao nosso ver, a sua identificação como recurso, até porque faltam-lhe outros pressupostos para tanto. Primeiro, a reclamação não exige que todos os fundamentos do ato que vier a desrespeitar a autoridade de decisão proferida por Tribunal ou que afronte a sua competência sejam impugnados. Para que essa medida seja intentada, a parte autora deverá demonstrar tão somente que há uma decisão vinculante e confrontá-la com o entendimento externado no ato combatido, a fim de que seja possível verificar que o posicionamento de observância obrigatória foi desprestigiado; ou que o ato descumpriu os enunciados que prescrevem a competência do Tribunal.

Segundo, o provimento resultante do julgamento da reclamação – tema que será abordado com mais detalhe em item específico adiante –, regra geral, não poderá apreciar todos os fundamentos suscitados pelas partes no curso do processo ou até mesmo decidir acerca da correção ou não da posição adotada. O Tribunal decidirá a reclamação e, se julgada procedente, determinará que o ato seja cassado e, se necessário, indicará as medidas pertinentes para que haja a solução da controvérsia surgida a partir da prolação do ato questionado.

Nesse ponto em particular, tem-se que o a decisão proferida no âmbito da reclamação assumirá a natureza de uma ordem dirigida ao órgão jurisdicional de inferior hierarquia, a fim de que adeque o ato combatido ao entendimento do Tribunal que prolatou a decisão com efeito vinculante; ou à autoridade administrativa que tenha

exarado ato contrário à posição refletida em súmula vinculante, para que possa retificá-lo ou mesmo anulá-lo.

Outro ponto suscitado é o concernente à possibilidade de a reclamação ser equiparada a um incidente processual. Alega-se que, considerando que a reclamação objetiva resolver uma questão relevante existente em certo processo e que esta deve ser apreciada antes do trânsito em julgado da decisão, estaria caracterizado o incidente processual. Igualmente, não nos convence essa posição, uma vez que o incidente processual, em breve síntese, vem a ser o meio para que um aspecto relevante e prejudicial, apesar de não constituir o objeto do processo principal, seja solucionado.

E uma vez resolvido o incidente processual, respeitado o procedimento estabelecido para cada uma das suas modalidades, a solução alcançada será tida como premissa para o julgamento do processo.

A reclamação, a seu turno, não se presta à resolução de ponto relevante e prejudicial ao julgamento do mérito do processo principal. O seu escopo é o combater o ato que não observa o entendimento de decisões vinculantes ou mesmo se há desrespeito à competência de Tribunal. Em outras palavras, não é aspecto relevante a permitir que o mérito da demanda seja apreciado adequadamente ou que será tomado como premissa para aquela.

O STF, por sua vez, tem preconizado que a reclamação ostenta a natureza jurídica de direito de petição, enquadrando-a na garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXXIV, como mecanismo de proteção da parte contra atos que tenham desrespeitado uma decisão anterior da Corte ou para preservação da competência desta. No julgamento da ADI 2.212-CE¹⁴¹, a Ministra Ellen Gracie, com arrimo nas lições de Ada Pellegrini Grinover, manifestou-se sobre a matéria:

Ada Peligrini Grinover, em artigo sobre o tema, após descartar a natureza de recurso, de ação e de incidente processual da reclamação, valendo-se também da referida lição de José Frederico Marques, colocou-a no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a da Constituição Federal, pelo qual o cidadão ou a cidadão se dirige ao Poder Publico visando à defesa de direito ou ao combate a ilegalidade ou abuso de poder. Segundo Ada Pellegrini, *“é o que ocorre claramente quando se cuida da reclamação aos tribunais, com o objetivo de assegurar a autoridade de suas decisões: não se trata de ação, uma vez que não se vai discutir a causa*

¹⁴¹ ADI 2212, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003.

com o um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento”.

(...)

Como ensina Ada Peligrini Grinover no mencionado artigo, a natureza jurídica da reclamação está mais próxima do direito de petição, constitucionalmente assegurado ao cidadão e à cidadã, do que ao direito de ação ou ao direito de recorrer que tem a parte no bojo de uma relação processual. O objetivo desse instrumento é o de proporcionar à parte ou ao terceiro interessado um meio hábil de, nas palavras de Ada Peligrini, “*postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento*”. Evita-se por essa via, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, decorrente, por exemplo, de uma interpretação que extravasa os seus limites, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva, transitada em julgado.

Em outra oportunidade, por ocasião do julgamento da Reclamação 4.374¹⁴², o STF reforçou a sua posição sobre o tema. Neste acórdão, são valiosas as palavras do Ministro Gilmar Mendes, que afirma a função de “ação especial” e realça o papel a ser desempenhado pela reclamação no momento em que se dá grande importância aos julgamentos de “índole objetiva”, a qual se destina também “à proteção da ordem constitucional como um todo”.

Com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADIO, ADC e ADPF), a reclamação, na qualidade de ação especial, acabou por adquirir contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência.

(...)

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.

A doutrina majoritária¹⁴³, de outro lado, adota o entendimento de que a reclamação possui a natureza jurídica de ação, já que apresenta os elementos

¹⁴² Rcl 4374, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.

¹⁴³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 580. BARROS, Ricardo Leonel. *Comentários aos arts. 988 a 993*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Aspectos destacados da reclamação no novo código de processo civil*. Revista de Processo. v. 247. São Paulo: Editora RT, setembro, 2015. p. 300.

necessários para sua caracterização. Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴⁴ sintetiza os elementos verificados na reclamação e que conduzem ao entendimento de que se trata de ação, não se enquadrando nas figuras anteriormente indicadas:

Prefiro a corrente doutrinária que defende a natureza jurídica de ação, considerando-se presentes os elementos fundamentais que compõem uma ação: petição inicial veiculando uma pretensão, citação, contraditório, decisão de mérito coberta por coisa julgada material, além de exigências formais que corroboram a conclusão, tais como exigência de pressupostos processuais positivos, a capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória, e negativos, a ausência de coisa julgada, de perempção e de litispendência.

Ao nosso ver, a posição mais consentânea com a reclamação e os elementos que a particularizam é aquela que aponta para a sua natureza jurídica de ação. Deve ser pontuado que a posição do STF não apresenta muita diferença, apenas a denominação empregada que é distinta. Ao aludir a simples direito de petição, a primeira e falsa impressão é de que a reclamação poderia ser apresentada sem a observância das formalidades inerentes à petição inicial de uma ação qualquer. Porém, embora tenha sido qualificada pelo STF como direito de petição, a peça inaugural deverá observar, necessariamente, os requisitos exigidos por qualquer petição inicial e o procedimento a ser observado para esse instrumento, não obstante a competência originária de Tribunal, muito se assemelha ao de um mandado de segurança, por exemplo.

Logo, inferimos de importantes julgados do STF que enfrentaram a temática, como os dois citados, que o enquadramento como direito de petição está mais relacionado com o bem da vida que se pretende tutelar com a reclamação – preservação da competência do Tribunal e garantir a autoridade de suas decisões – do que com as suas características propriamente ditas.

Portanto, o fato de possuir um desiderato bastante relevante – de proteção da ordem constitucional no período de grande valorização de processos de índole objetiva, como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes (Reclamação 4.374) – não retira da reclamação a sua natureza de ação, a ser utilizada por todos que se sentirem lesados em virtude da não observância de decisão vinculante proferida por Tribunal ou de ato que usurpe a competência de Tribunal.

¹⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ação Constitucionais*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 265.

4.1.2 – Hipóteses e o momento da propositura da Reclamação

As hipóteses de cabimento da reclamação estão listadas no artigo 988 do CPC/2015 e reforçam o caráter vinculante das decisões proferidas segundo procedimentos que realçam o aspecto objetivo de determinados julgamentos.

Cumprido esclarecer que a situação descrita no inciso I do dispositivo faz referência à preservação da “competência do tribunal”. A reclamação é decorrência lógica das regras de competência fixadas pela Constituição Federal – e Constituições Estaduais – e permite que o tribunal apto a proferir uma decisão também seja competente para fazer prevalecer o seu posicionamento e atuar nas situações em que há usurpação daquela.

Destarte, a alusão genérica a tribunal sinaliza que a reclamação poderá ser proposta perante qualquer tribunal, tanto Tribunais de Justiça, cuja competência poderá estar prevista nas respectivas Constituições Estaduais, quanto os Tribunais Regionais Federais. No tocante aos Tribunais Regionais Federais, a Constituição Federal não contém previsão a respeito do julgamento de reclamação no dispositivo que lista a competência da Justiça Federal (artigo 108). Contudo, realizado o julgamento de incidentes vinculantes para os órgãos subordinados àquela Corte Federal (por exemplo, de resolução de demandas repetitivas ou arguição de inconstitucionalidade), eventual descumprimento da posição firmada autorizará a propositura de reclamação, a fim de que a competência do tribunal seja preservada.

A possibilidade de utilização da reclamação para “garantir a autoridade das decisões do tribunal” suscita a questão quanto à qual decisão a ser garantida. No contexto de julgamentos marcados pela objetividade, poder-se-ia argumentar que as decisões proferidas segundo a sistemática de instrumentos com essa característica permitiriam a adoção da reclamação para desafiar atos que não sigam o entendimento prevalecente.

Entretanto, para a hipótese específica do inciso II, entendemos que a proteção se dirige àquelas situações em que particulares decisões são desrespeitadas, não se admitindo a alegação de que houve contrariedade à jurisprudência de um tribunal em

especial¹⁴⁵. Nessa linha, a legitimidade para propor reclamação com base nesse permissivo é unicamente daquele sujeito que ajuizou ação anterior e, mesmo diante da prolação de decisão por um tribunal e a proteção pela coisa julgada, encontra resistência indevida ao exercício do direito assegurado.

A autorização do inciso III do artigo 988 se refere à reclamação para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. A decisão proferida no exercício do controle concentrado de constitucionalidade possui natureza eminentemente objetiva, eficácia geral e efeito vinculante, não apenas aos membros do Poder Judiciário, mas também para a Administração de todas as esferas, conforme previsão do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

As súmulas vinculantes, de igual modo, refletem a jurisprudência do STF sobre um tema específico e serão aprovadas, observado o procedimento específico, após a consolidação e reiteração de decisões na mesma linha. Uma vez editadas, as súmulas vinculantes deverão ser observadas tanto pelos órgãos do Poder Judiciário quanto pela Administração (artigo 103-A da Constituição Federal). A não observância da súmula vinculante pela Administração poderá ser objeto de reclamação após o esgotamento das vias administrativas (artigo 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006). Entendemos que essa disposição legal padece de inconstitucionalidade, uma vez que, ao atribuir efeito vinculante à súmula vinculante também para a Administração e permitir que o seu desrespeito seja alvo de apreciação direta pelo STF, a Constituição Federal procurou dar mais assertividade ao instituto e estabelecer um mecanismo de controle mais eficiente.

Por conseguinte, a Lei 11.417/2006, ao prever que a atuação do STF somente poderá se efetivar após o esgotamento das vias administrativas, ao nosso ver, afronta o artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal, pois restringe o alcance do mandamento constitucional e, ao final, reduz a importância e imperatividade da súmula vinculante para a Administração.

¹⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ação Constitucionais*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 268.

Outrossim, o CPC/2015 adiciona hipótese de cabimento de reclamação, além daquelas dispostas na Constituição Federal, para os casos de inobservância de “acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o dispositivo autorizador da reclamação nessa situação é inconstitucional, justamente porque foi atribuído efeito vinculante e autorizada a propositura de reclamação a hipótese não versada pelo texto constitucional¹⁴⁶.

Não concordamos com a posição que sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, na medida em que a Constituição Federal elenca algumas hipóteses passíveis de controle por meio da reclamação e, igualmente, confere às Constituições Estaduais a possibilidade de atribuir aos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento de reclamação. Destarte, considerando que os incidentes aludidos serão julgados, principalmente, por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, como já afirmamos no Capítulo 3 e a ressalva que o tema está sendo apreciado pelo STJ – ainda que inexista previsão específica na Constituição Federal para essas últimas Cortes –, a previsão de reclamação contra atos que contrariem decisões oriundas desses julgamentos encontra amparo constitucional.

Destacamos também que o artigo 988, § 5º, do CPC/2015, veicula hipótese de cabimento de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral e recursos extraordinário ou especial repetitivos. Este permissivo será objeto de exposição no “item 4.1.4” deste trabalho.

Feito esse esclarecimento, reputamos de grande relevância enfrentar o ponto concernente à necessidade de esgotamento de instância para que a parte que se sentir prejudicada nas situações relatadas possam propor a reclamação. Poderia o interessado acessar diretamente o tribunal cuja competência se pretende resguardar ou assegurar a autoridade da sua decisão?

Como alertado, a reclamação visa preservar a competência do tribunal e assegurar a autoridade de suas decisões. Uma conclusão lógica, além de coerente

¹⁴⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 2128.

com essa premissa, é a de que, uma vez praticado ato que atente contra essas situações, o interessado pudesse, imediatamente, apresentar a reclamação perante o tribunal cuja competência foi desrespeitada ou a decisão não observada.

No entanto, e inclusive como forma de evitar o crescimento do número de reclamações perante o STF, principalmente, a Corte tem reiteradamente assentado que esse instrumento possui caráter subsidiário e que as suas portas somente se abrirão após o esgotamento das instâncias ordinárias¹⁴⁷. O STJ caminha em idêntica direção¹⁴⁸. As posições do STF e do STJ estão respaldadas muito mais na tentativa de encontrar um limitador à elevação do número de processos nos Tribunais Superiores do que propriamente em razões jurídicas.

Não obstante ser majoritária a posição pela impossibilidade de acesso direto ao STF ou STJ, há decisões monocráticas que, excepcionalmente, admitiram a reclamação diretamente e antes do esgotamento das instâncias ordinárias¹⁴⁹, oportunidades em que foi determinada a observância do entendimento da Corte.

Por fim, ressalte-se que, muito embora prevaleça na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento pela necessidade de exaurimento das instâncias ordinárias, o STF editou o verbete 734 de sua Súmula, segundo o qual “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Conclui-se, portanto, a jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que a reclamação perante essas Cortes somente poderá ser proposta após o esgotamento das instâncias ordinárias e antes do trânsito em julgado da decisão que atentou contra a sua competência ou a autoridade de suas decisões.

De outro lado, no tocante aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, entendemos que a reclamação poderá ser intentada tão logo se verifique

¹⁴⁷ **Rcl 14638 AgR**, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013. **Rcl 10793**, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011.

¹⁴⁸ **RCL 36.626** - SP (2018/0262956-7), Ministro GURGEL DE FARIA, 09/10/2018. **Rcl 36.625** - SP (2018/0262883-6), Ministro SÉRGIO KUKINA, 08/10/2018.

¹⁴⁹ **Rcl 6318**, Relator Min. EROS GRAU, julgado em 15/09/2009, publicado em DJe-178 DIVULG 21/09/2009 PUBLIC 22/09/2009. **Rcl 18686 MC**, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 24/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 25/11/2015 PUBLIC 26/11/2015.

umas das hipóteses de cabimento, independentemente do exaurimento de instância. Essa exigência carece de lógica perante os Tribunais locais, na medida em que esvaziaria e tornaria absolutamente inócuo o instrumento nesta instância.

4.1.3 - Fim almejado com a propositura da reclamação e o conteúdo da decisão a ser proferida

As funções precípuas da reclamação são i) a preservação da competência e ii) a autoridade de decisão proferida por qualquer Tribunal. Esta segunda hipótese contempla, atualmente, a autoridade de decisões proferidas no julgamento de institutos aos quais o CPC/2015 atribui efeito vinculante. Ou seja, não abrange tão somente aquelas situações em que determinado indivíduo obtém uma decisão junto ao tribunal e a parte contrária no processo em que exarada apresenta resistência injustificada ao seu cumprimento.

Com a possibilidade de ajuizamento da reclamação tanto para preservação de competência dos tribunais e autoridade de suas decisões, em especial as proferidas pelo STF e STJ com efeitos vinculantes, o instrumento surge como importante mecanismo para proteção do Ordenamento Jurídico e, por consequência, alcançar a desejada segurança jurídica. Sob esse prisma, também se verifica a intenção de preservar o princípio da isonomia e evitar que sujeitos envolvidos em semelhantes discussões recebam tratamento jurídico diverso.

Tratando especificamente no âmbito do STF, DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI¹⁵⁰ realçam tais finalidades almejadas com a reclamação:

Busca-se preservar a posição de institucional do STF, fortalecendo a estrutura hierárquica do Poder Judiciário e também de contribuir com a segurança jurídica, impedindo que questões idênticas sejam decididas de forma diferente, surgindo a denominada jurisprudência lotérica.

¹⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 280.

Sob uma perspectiva mais pragmática, RICARDO LEONEL DE BARROS¹⁵¹ ressalta que a reclamação visa à “cassação de decisões que impliquem desrespeito à competência, autoridade de decisões ou a enunciado de súmula vinculante, bem como a determinação da adequada observância da regra de competência, da autoridade de decisão ou de súmula vinculante”.

Especificamente com esse enfoque, verifica-se que, ao lidar com a questão das funções desempenhadas pela reclamação, adentra-se, inclusive, na abordagem concernente ao conteúdo da decisão a ser proferida nessa ação. Ao afirmar que a decisão na reclamação cassará o ato que desrespeitou a competência do tribunal, a autoridade da decisão ou de súmula vinculante, com a determinação de que seja observado o pronunciamento do tribunal, RICARDO LEONEL DE BARROS externa seu entendimento quanto ao conteúdo decisório, o qual dever-se-ia se limitar à imposição da regra de competência e autoridade do tribunal. A passagem abaixo esclarece o seu entendimento nesse ponto¹⁵²:

Os pedidos admissíveis na reclamação cingem-se estritamente à imposição da observância da regra de competência, da autoridade de julgados ou de súmula vinculante, bem como à observância de precedentes formados em julgamentos de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

O CPC/2015 (artigo 992), a despeito de não ser preciso ao dispor quanto aos fins almejados com a reclamação, permite a conclusão, a partir do rol das suas hipóteses de cabimento, de que a intenção seria tão somente proteger a competência do tribunal. Contudo, com a previsão contida no parágrafo quinto do artigo 988, que visa justamente garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF e STJ no julgamento de i) recurso extraordinário avulso com repercussão geral reconhecida e ii) recursos extraordinário e especial repetitivos, respectivamente, entendemos que há margem para sustentar que, no controle quanto à aplicação do entendimento firmado em decisão com efeito vinculante, poderiam os Tribunais Superiores apreciar

¹⁵¹ BARROS, Ricardo Leonel. *Comentários aos arts. 988 a 993*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 241.

¹⁵² BARROS, Ricardo Leonel. *Comentários aos arts. 988 a 993*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 255.

fundamentos quanto à correção ou não do posicionamento externado no julgamento anterior e, inclusive, utilizar tal oportunidade para revisar o tema.

Reconhecemos que a posição preconizada não encontra respaldo na doutrina, visto que, como mencionado anteriormente, há predomínio do entendimento de que o provimento exarado em reclamação deverá se limitar à imposição da decisão com efeito vinculante e também, com isso, resguardar a competência do tribunal. Entretanto, e aqui surge, a nosso ver, o aspecto relevante a autorizar que a reclamação tenha também o escopo de possibilitar a revisão do entendimento com efeito vinculante, é a inexistência de previsão, no CPC/2015, do procedimento específico para que temas objeto de pronunciamentos dessa natureza sejam reapreciados.

Em outras palavras, não obstante seja predominante a linha de raciocínio no sentido de que a posição oriunda de julgamentos com efeitos vinculantes seja passível de modificação, impedindo-se a indesejável perenização da jurisprudência, é certo também que não se encontra bem delineada como dar-se-ia a revisão e a reapreciação de determinadas matérias, especialmente diante de limitações impostas pelo CPC/2015 no tocante ao processamento de novos recursos extraordinário ou especial (vide artigos 1.039 e 1.040).

Nesse tom, defendemos que a reclamação emerge como instrumento para que essa revisão seja empreendida, principalmente diante de sua função de controle da adequada aplicação de precedentes vinculantes – conforme será exposto no item seguinte desse trabalho. Porém, para que a revisitação do tema julgado anteriormente sob a sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos seja efetivada por intermédio da reclamação, deve-se atentar para que algumas medidas venham a ser adotadas e, com isso, permita-se que o novo julgamento alcance o efeito desejado.

Destarte, uma vez recebida a reclamação e, caso o ministro relator no STF ou STJ entenda ser situação na qual a reapreciação de tema já julgado em recurso extraordinário ou especial repetitivo se mostre adequada, propomos que seja observado o procedimento estabelecido pelo artigo 1.038 do CPC/2015¹⁵³, a fim de

¹⁵³ Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

que: i) interessados na discussão apresentem sua manifestação; ii) realizada audiência pública, se houver necessidade; bem como iii) requisitadas informações aos Tribunais acerca da matéria a ser decidida e intimação do Ministério Público.

Com a adoção dessas medidas, resguardar-se-ia aos interessados a possibilidade de contribuir também com o julgamento a ser realizado por ocasião da revisão da tese anteriormente firmada e, igualmente, que os fundamentos relevantes para a matéria a ser decidida sejam suscitados por todos aqueles que se consideram, ao menos em potencial, que serão afetados pelo novo posicionamento.

O assunto já foi alvo de manifestação pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido na Reclamação 4.374¹⁵⁴, oportunidade em que assentou ser este instrumento um meio para seja, inclusive, apreciada eventual evolução interpretativa no controle de constitucionalidade que fora empreendido anteriormente:

A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para a evolução interpretativa no controle de constitucionalidade.

Assim, ajuizada a reclamação com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

Parece óbvio que a diferença entre a redefinição do conteúdo e a completa superação de uma decisão resume-se a uma simples questão de grau.

No juízo hermenêutico próprio da reclamação, a possibilidade constante de reinterpretar a Constituição não fica restrita às hipóteses em que uma nova interpretação leve apenas à delimitação do alcance de uma decisão prévia da própria Corte. A jurisdição constitucional exercida no âmbito da reclamação não é distinta; como qualquer jurisdição de perfil constitucional, ela visa a proteger a ordem jurídica como um todo, de modo que a eventual superação total, pelo STF, de uma decisão sua, específica, será apenas o resultado do pleno exercício de sua incumbência de guardião da Constituição.

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

§ 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.

§ 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

¹⁵⁴ Rcl 4374, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.

Esses entendimentos seguem a tendência da evolução da reclamação como ação constitucional voltada à garantia da autoridade das decisões e da competência do Supremo Tribunal Federal. Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. (Cf.: Rcl 41, Rel. Min. Rocha Lagoa, DJ de 25.01.1952)

Não obstante as considerações a respeito do tema sejam tidas apenas como *obiter dictum*, não se pode negar a importância do assunto e que este certamente virá a ser debatido com maior intensidade no futuro próximo, especialmente se considerarmos que o CPC/2015 entrou em vigor há pouco tempo e que a evolução das discussões envolvendo matérias mais prestigiadas por este – como os precedentes vinculantes – serão, necessariamente, objeto de reflexão mais detalhada.

Portanto, concluímos que a decisão a ser proferida no julgamento da reclamação poderá não apenas determinar que se observe a regra de competência e autoridade de decisões proferidas por tribunal, mas que, em hipóteses excepcionais e respeitado o procedimento estabelecido pelo artigo 1.038 do CPC/2015, seja considerado efetivo instrumento para revisitar temas anteriormente decididos em recursos extraordinário e especial repetitivos.

4.1.4 - Reclamação como instrumento para realização do *distinguish*

Além das hipóteses de cabimento da reclamação elencadas pelo *caput* do artigo 988 do CPC/2015, o parágrafo quinto do dispositivo mencionado, ainda que indiretamente, assegura que o instrumento também poderá ser utilizado para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF e STJ no julgamento de i) recurso extraordinário avulso com repercussão geral reconhecida e ii) recursos extraordinário e especial repetitivos.

Com isso, o CPC/2015, em adição às disposições que impõem o efeito vinculante aos recursos extraordinário e especial repetitivos, reforçou que a não observância das decisões tomadas no julgamento de recursos nessa sistemática – o que também compreende a aplicação equivocada da tese firmada – autoriza a propositura da reclamação. Nesta situação, o ajuizamento dessa ação está

condicionado i) à inexistência de trânsito em julgado da decisão extravagante e ii) ao esgotamento das instâncias ordinária.

Logo, não basta, por exemplo, que um magistrado de primeiro grau deixe de aplicar uma decisão oriunda do julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivo ou o faça de forma equivocada para que se abra a via da reclamação. É imprescindível que o tribunal ao qual aquele magistrado está subordinado aprecie a questão pela via recursal adequada e, somente se confirmado o ato, com o esgotamento da segunda instância e antes do trânsito em julgado, a reclamação poderá ser ajuizada.

Tem-se, portanto, que a reclamação, nesta hipótese em especial, funciona como relevante mecanismo para realização do *distinguish* e evitar que precedentes com efeito vinculante sejam aplicados de forma indistinta e com o escopo único, ainda que indiretamente, de obstar o processamento de recursos, como um dos reflexos da reprovável jurisprudência defensiva, mais preocupada com estatísticas do que com a prestação da tutela jurisdicional adequada e em consonância com a Constituição Federal.

LUIZ GUILHERME MARINONI¹⁵⁵ pondera que os precedentes representam o direito que deve ser cumprido pela sociedade e orientam as decisões judiciais, visto que resultam da interpretação que as Cortes constitucionalmente competentes para dar a última a palavra acerca do sentido da legislação constitucional e infraconstitucional. Por conseguinte, a decisão que desrespeita o comando do precedente atenta com o Estado de Direito, daí que a reclamação se presta para a tutela da autoridade das Cortes Superiores.

Os precedentes que definem o sentido do direito federal infraconstitucional, assim como os precedentes constitucionais, são precedentes de uma Corte Suprema. São precedentes que desenham o direito que deve orientar a sociedade e governar as decisões judiciais. Assim, a tutela da autoridade desses precedentes é imprescindível para se garantir a coerência do direito, a igualdade e a segurança jurídica.

Diante de uma Corte de Precedentes, a reclamação constitui mecanismo de tutela da autoridade do sentido do direito expresso pela Corte. Uma decisão que desatende o sentido do direito infraconstitucional, tal como definido em precedente da Corte Suprema, conspira contra o Estado de Direito.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014. p. 242.

Inferese, pois, que a reclamação assume igualmente a função de controle da correta aplicação dos precedentes vinculantes oriundos do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e realização de *distinguish*, desde que atendidos os requisitos previstos (ausência de trânsito em julgamento e esgotamento das instâncias ordinárias).

Por fim, é oportuno registrar que, após a prolação de decisões afirmando que somente uma das partes do recurso afetado como repetitivo para apreciação pela seção do STJ poderiam ajuizar reclamação para que o entendimento firmado fosse observado¹⁵⁶, prevalece na Corte o entendimento de que a aplicação errada do posicionamento firmado em julgamento de recursos repetitivos autoriza a propositura da reclamação por qualquer indivíduo ou pessoa jurídica que se sentir lesado pela aplicação equivocada¹⁵⁷¹⁵⁸.

4.2 – Ação rescisória

4.2.1 – Cabimento quando houver violação de norma jurídica e *distinguish*

O Código de Processo Civil de 2015 veicula hipótese de cabimento para a ação rescisória quando a coisa julgada tiver violado “manifestamente norma jurídica”, conforme redação do artigo 966, inciso V. A expressão utilizada pelo enunciado prescritivo é um tanto vaga, especialmente porque o diploma legislativo não explicita o que seria norma jurídica e, como já tivemos oportunidade de expor no Capítulo 1 deste trabalho, há diferentes concepções a respeito do tema.

Apesar disso, os parágrafos quinto e sexto do mencionado artigo 966, acrescentados pela Lei 13.256/2016 antes mesmo do início da vigência do CPC e cuja produção de efeitos ocorreu conjuntamente, tiveram o objetivo de explicitar a intenção

¹⁵⁶ AgInt na Rcl 31.565/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/03/2017, DJe 16/03/2017.

¹⁵⁷ AgInt na Rcl 36.130/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 16/10/2018. AgInt na Rcl 35.535/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2018, DJe 03/10/2018

¹⁵⁸ No STF, também prevalece esse entendimento no tocante ao desrespeito de decisão proferida no regime de repercussão geral: Rcl 31486 AgR, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018, DJe-251 DIVULG 23-11-2018 PUBLIC 26-11-2018.

do legislador com a previsão de ação rescisória para desconstituir coisa julgada que tenha violado norma jurídica. No parágrafo quinto, afirma-se que a ação rescisória poderá ser aviada se a coisa julgada estiver fundamentada “em súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos” e desde “que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. E prossegue o parágrafo sexto condicionando o cabimento da ação rescisória na hipótese tratada à demonstração fundamentada de que a situação específica dos autos em que proferida a decisão que veio a transitar em julgado era distinta ou possuía aspecto não apreciado pelo tribunal superior, razão pela qual a solução deveria ser diversa.

A ação rescisória, um típico mecanismo para desconstituição de coisas julgadas em situações nas quais há demonstração de erro o vício que macula o julgamento anterior, diante da previsão do inciso V do artigo 966, e os complementos dos parágrafos quinto e sexto, passa ser também um mecanismo para controle da correta aplicação de precedentes vinculantes e impõe como condição a demonstração do *distinguish* pelo autor da ação. CASSIO SCARPINELLA BUENO destaca o papel de combater a aplicação equivocada de precedentes com a previsão em análise:

O § 5º admite expressamente a rescisória fundada no inciso V do art. 926 quando a decisão rescindenda basear-se em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos sem observar a distinção entre as questões envolvidas, isto é, quando a decisão rescindenda aplicar equivocadamente súmula ou “precedente” criado por uma das técnicas referidas no art. 928.¹⁵⁹

Em adição, FLÁVIO LUIZ YARSHELL assenta que a hipótese de cabimento do inciso V e o complemento dos parágrafos quinta e sexto enfatiza a relevância atribuída pelo CPC de 2015 à integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência:

De sua parte, a alteração operada em relação ao art. 966 deve ser interpretada como mais um indicativo da ênfase que o sistema deu ao modelo de decisões vinculantes, idealizadas como instrumento para uma jurisprudência “estável, íntegra e coerente” – conforme a dicção do art. 926.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 868.

¹⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários aos arts. 966 a 975*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 178.

A hipótese de cabimento de ação rescisória em apreço pressupõe, por decorrência lógica, que o precedente vinculante seja anterior à data da decisão que transitou em julgado, daí porque se mostra coerente argumentar que houve aplicação equivocada. Além disso, ao nosso ver, muito embora o artigo 1.035, § 11, do CPC, preveja que a publicação da súmula do julgamento dotado do efeito vinculante já valerá como acórdão, é imprescindível que o *distinguish* e aferição da correta aplicação do precedente seja levada a efeito após a divulgação do acórdão propriamente dito, oportunidade em que as razões determinantes poderão ser identificadas de forma adequada e, por conseguinte, realizado o cotejo com os elementos do caso a ser solucionado.

Disso emerge outra constatação – que será melhor enfrentada no item seguinte –, a de que, se a coisa julgada refletir o entendimento vigente no momento da prolação da decisão, eventual modificação da jurisprudência, ainda que pela via de precedente vinculante, não autorizará a sua propositura.

Feitas tais ponderações, duas importantes conclusões podem ser obtidas: i) para o CPC de 2015, norma jurídica poderá ser considerada como a interpretação ofertada pelo STF ou STJ no julgamento de instrumento dotado do efeito vinculante, embora a redação do parágrafo quinto do artigo 966 se refira apenas a “casos repetitivos”; e, ii) ao lado da reclamação, como explanado nos itens anteriores desse Capítulo, a ação rescisória também se apresenta como uma ferramenta para, no prazo de 2 anos do trânsito em julgado da coisa julgada que se pretenda desconstituir, controlar a adequada aplicação de precedentes vinculantes para a solução de processos.

4.2.2 – Modificação de jurisprudência e ação rescisória

Outro aspecto atinente à ação rescisória e a aplicação de precedentes vinculantes (ou entendimento jurisprudencial consolidado) diz respeito à possibilidade de, após a formação de uma coisa julgada que reflete uma das interpretações possíveis dos enunciados prescritivos aplicáveis ao tema em análise, ser utilizada para desconstituir a decisão sob a premissa de que a jurisprudência dos tribunais

superiores se consolidou em sentido diverso. Seria o emprego da ação rescisória para promover o alinhamento à posição sufragada pelo tribunal superior em momento posterior ao julgamento da primeira ação.

Adiantamos que não concordamos com tal entendimento, principalmente porque, como já reiterado ao longo desse trabalho, as normas jurídicas são resultado da interpretação dos enunciados prescritivos aplicáveis pelas autoridades competentes. Há várias interpretações possíveis, desde que sejam coerentes e consentâneas com o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, enquanto não houver uma manifestação com força vinculante emanada de um tribunal superior, as autoridades não poderão ficar tolhidas de desempenhar a sua função na espera de um posicionamento com tal característica.

Logo, proferida uma decisão que seja coerente e reflita umas das interpretações possíveis dos dispositivos legais pertinentes ao tema, uma vez que esse venha a transitar em julgado, não entendemos ser admissível a propositura de ação rescisória para sua desconstituição. Como exposto no item anterior, somente quando a coisa julgada se formar após a existência de um precedente vinculante, e desde que haja erro na sua aplicação ao caso apreciado, poderá ser proposta ação rescisória. A proteção conferida pelo ordenamento jurídico à coisa julgada e estabilidade das relações jurídicas não é compatível com a posição que aceita a sua desconstituição em virtude de consolidação jurisprudencial superveniente, linha de raciocínio que encontra amparo na Súmula 343 do STF¹⁶¹.

Essas considerações dizem respeito aos efeitos da consolidação da jurisprudência em relação ao passado, de modo que sejam asseguradas as consequências das condutas concretizadas em atenção ao comando da coisa julgada. Todavia, quanto ao futuro, após a conclusão do julgamento de um instrumento dotado do efeito vinculante, ao nosso ver, a posição do tribunal superior deverá ser observada, ainda que em detrimento da coisa julgada. A sociedade e o direito evoluem e não se deve admitir a perpetuidade de orientações que não são aderentes aos valores que prevalecem num dado momento. Na sequência, faremos um pequeno retrospecto do entendimento do STF sobre a matéria e que culmina com o

¹⁶¹ “Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

reconhecimento da repercussão geral da temática em voga, que está pendente de apreciação.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e com fundamento no artigo 485, inciso V, que previa o cabimento de ação rescisória quando a coisa julgada violasse “literal disposição de lei” – e sem adentrarmos nas críticas aos termos empregados por esse enunciado –, em muitas oportunidades nas quais a posição preconizada pela decisão transitada em julgado não foi acolhida pela jurisprudência superveniente dos tribunais superiores, discutia-se se a parte vencida poderia utilizar tal medida para que a sua relação jurídica observasse a linha de raciocínio preconizada pelo tribunal superior posteriormente.

O tema foi apreciado pelo STF em mais de uma oportunidade. No primeiro caso de maior repercussão, o debate estava circunscrito à análise acerca da possibilidade de a ação rescisória ser tida como instrumento para uniformização da jurisprudência. Isto ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 590.809¹⁶², cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, ocasião em que a Corte, invocando o verbete 343 de Súmula, entendeu que a inexistência de julgamento em controle de concentrado de constitucionalidade (em referência a mecanismo com decisão vinculante) e diante de tema que comportava mais de uma interpretação na época, inclusive com respaldo em decisão do próprio STF, não seria admissível a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada com fundamento na violação à disposição de lei. O trecho abaixo sintetiza a posição do Ministro Marco Aurélio, que proferiu o voto condutor da linha vencedora:

A verdade é que, diante do quadro decisório revelado até então, o acórdão rescindendo não pode ser visto como a violar a lei, mas como a resultar da interpretação possível segundo manifestações do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Na situação concreta, consideradas as premissas veiculadas, deve-se reformar o acórdão impugnado.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou procedente o pedido formulado na ação rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo, alcançando o creditamento do IPI nas hipóteses de insumo adquirido isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero. É contra esse pronunciamento que a contribuinte interpõe o extraordinário, o qual, conforme os argumentos desenvolvidos, deve ter êxito.

¹⁶² RE 590809, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, PUBLIC 24/11/2014.

Um outro aspecto foi enfrentado no julgamento do Recurso Extraordinário 730.462¹⁶³, mais precisamente o concernente aos efeitos de decisão proferida pelo STF acerca da constitucionalidade de determinado enunciado prescritivo sobre as coisas julgadas que externam posição diversa. Em ligeira modificação do entendimento sufragado no julgamento do Recurso Extraordinário 590.809, a Corte assentou que i) a sua decisão possui força vinculante prospectiva, atingindo as decisões e atos administrativos supervenientes; e, ii) quanto aos fatos pretéritos à decisão do STF, esses poderão ser afetados se for proposta ação rescisória no prazo de 2 anos do trânsito em julgado. A tese firmada para fins de repercussão geral foi a seguinte:

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495).

Infere-se, portanto, que o STF passou a admitir que o entendimento firmado em sede de repercussão geral (com efeitos vinculantes) poderá afetar a coisa julgada que tenha conferido interpretação diversa aos enunciados prescritivos, mas somente se a ação rescisória for manejada no prazo de 2 anos do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida.

Adicione-se que o STF também reconheceu a repercussão geral do tema tratado no Recurso Extraordinário 949.297¹⁶⁴, no qual será apreciada a questão relativa à extensão da coisa julgada que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de um enunciado prescritivo e, no segundo momento, a jurisprudência da Corte tenha confirmado sua a constitucionalidade. Nesse caso, o debate será direcionado às situações em que determinado norma instituidora de tributo foi declarada inconstitucional e a decisão transitou em julgado. Porém, o STF entendeu pela sua constitucionalidade posteriormente. Destarte, indaga-se se o contribuinte beneficiado

¹⁶³ RE 730462, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, PUBLIC 09/09/2015.

¹⁶⁴ “Tema 881 - Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.”

pela coisa julgada que lhe eximiu do recolhimento do tributo, considerando ser a obrigação tributária de trato sucessivo, poderá invocar a coisa julgada para não se sujeitar à exigência.

Em arremate, reiteramos que, uma vez concluído o julgamento de instrumento cuja decisão possui efeito vinculante e observado o critério estabelecido para a produção dos efeitos (modulados ou não), os atos subsequentes devem tomar como ponto de partida a interpretação conferida pelo tribunal superior, que refletirá a mais adequada para os enunciados prescritivos atinentes segundo a autoridade competente.

Quanto ao passado, aqueles que forem beneficiários de coisa julgada em sentido diverso poderão invocar a proteção especial conferida pelo ordenamento pátrio a tal instituto com o desiderato de afastar exigência do período anterior à decisão do tribunal superior. Isto porque, a partir desse momento, o entendimento do tribunal superior é vinculante e os valores isonomia e segurança jurídica inerentes ao sistema de precedentes instituído pelo CPC de 2015 não são compatíveis com a permissão para que um ou pequeno grupo de indivíduos pautem suas condutas em linha interpretativa distinta.

Não chegamos ao extremo de admitir, como fez o STF no julgamento do Recurso Extraordinário 730.462, acima relatado, que poderá ser proposta ação rescisória, respeitado o prazo de 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, para desconstituir a coisa julgada contrária à interpretação refletida no precedente vinculante e, por conseguinte, permitir a produção de efeitos retroativos ao entendimento da Corte. Todavia, em relação aos atos subsequentes à conclusão do julgamento do tribunal superior, a sua posição deverá ser observada.

Capítulo 5 – Reflexos dos precedentes na construção de normas individuais e concretas em matéria tributária

5.1 – Precedentes vinculantes e a construção de normas individuais e concretas

O ato de aplicação do direito ocorre no instante em que a autoridade competente, conforme disposto pelo direito positivo, constrói a norma individual e concreta, oportunidade que refletirá a sua interpretação dos enunciados prescritivos aplicáveis. Verifica-se, pois, que o ato de interpretação dos enunciados é antecedente à construção da norma individual e concreta. Esse aspecto assume grande relevância diante do atual sistema de precedentes vinculantes.

Como afirmado ao longo do presente trabalho, segundo os preceitos que estabelecem a competência do STF e do STJ, esses órgãos estão encarregados de apresentar a interpretação mais adequada em matéria de legislação constitucional e infraconstitucional, respectivamente. Disso decorre que, quando tais órgãos apreciam determinada temática sob a sistemática de instrumentos dotados de efeitos vinculantes, o entendimento apresentado deve ser observado por todas as autoridades com competência para praticar atos de aplicação do direito e, por conseguinte, construir normas individuais e concretas.

A coerência sistêmica e o empenho para dar mais efetividade ao sistema de precedentes – cujos valores centrais são a isonomia e a segurança jurídica – requerem que os atos de aplicação do direito sigam a diretriz interpretativa conferida pelas autoridades estabelecidas pelo sistema do direito positivo. Isso não representa o tolhimento da faculdade de interpretação das autoridades judiciais de instâncias inferiores ou mesmo das administrativas, até porque, a adequada aplicação do raciocínio externado pelo STF e pelo STJ exigem uma cuidadosa investigação do conteúdo do precedente – não apenas do texto da tese firmada, mas sobretudo das razões determinantes – e a verificação da adequação da situação a ser solucionada às circunstâncias enfrentadas pelos tribunais superiores.

Por conseguinte, o desempenho de tal papel pelas autoridades que atuarão na construção das normas individuais e concretas exige atenção a esse novo

paradigma e maior conscientização da função exercida, tendo como referencial o sistema no qual estão inseridas.

A esse respeito, convém salientar que o excerto da tese ou do tema aprovado e divulgado após a conclusão do julgamento pelo STF e pelo STJ contém algumas semelhanças com os textos de enunciados prescritivos, a exigir interpretação. Ao editar o verbete, o STF e o STJ atuarão, ainda que indiretamente, tal como um legislador, visto que elaborará um texto com a função externar o seu entendimento sobre uma matéria.

Os órgãos das instâncias inferiores do Poder Judiciário e da Administração, para que possam aplicar o posicionamento do STF e do STJ refletido na tese publicada deverão, obrigatoriamente, interpretar esse texto em conjunto com os demais enunciados prescritivos aplicáveis na situação posta à sua apreciação. Disso decorre que a aplicação da tese resultante do julgamento de recurso com decisão que possui efeito vinculante se assemelha à interpretação de um enunciado prescritivo. THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE adverte:

A grande questão a ser respondida por uma teoria descritiva dos precedentes judiciais é: 'O que vale como precedente judicial?'. Como optamos por uma teoria normativa do precedente, nosso problema é: 'O que deve contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?'. Ao reformularemos a pergunta inicial, abandonamos a perspectiva do observador e adotamos a do participante. Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação.¹⁶⁵

A diferença, ao nosso sentir, que conduz ao aperfeiçoamento do ato de aplicação do direito e, portanto, construção de normas individuais e concretas refletindo a interpretação consoante a linha de raciocínio que prevaleceu nos tribunais superiores, está no fato de que, ao contrário do que ocorre com os textos do direito positivo, que requerem a formulação do sentido a partir do texto do enunciado, a compreensão do entendimento do precedente vinculante deve ser aferida não apenas da tese divulgada, mas principalmente das razões determinantes constantes dos votos que compuseram a maioria vencedora. Esse aspecto permite a conclusão de que, ao editar a tese resultante do julgamento com efeitos vinculantes, os tribunais superiores não desrespeitam a tripartição de poderes, mas atuam com a finalidade de

¹⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259.

contribuir para melhor aplicação da legislação, conforme sustenta THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO¹⁶⁶.

Não se pode olvidar que a repartição de competências contribui para que os respectivos órgãos, atuando sempre em conformidade com as disposições constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem as funções que serão desempenhadas por cada um, procurem atuar de forma simétrica, contribuindo para que se alcance pacificação social. Seguindo esse raciocínio, uma vez que a Constituição Federal atribui ao STF e ao STJ a competência para apreciar certos recursos e instrumentos cujas decisões serão qualificadas pela força vinculante, que refletirão a interpretação mais adequada nos limites da cognição desses tribunais, não nos parece adequado que, após a ampla publicidade de tais documentos, se admita a construção de normas individuais e concretas que contenham interpretação diversa.

Respeitadas eventuais modulações ou restrições quanto à observância do precedente, a partir do momento estabelecido para que essas produzam os regulares efeitos, todas as autoridades com competência para praticar atos de aplicação do direito devem tomar como premissa de sua função interpretativa o entendimento firmado pelo tribunal superior, caso a situação a ser disciplinada guarde identidade essencial¹⁶⁷. E isto se reforça diante da circunstância de, se não houver a adequada aplicação do entendimento do tribunal superior, a despeito da identidade do cenário fático e dos enunciados prescritivos pertinentes, a parte que se sentir preterida em seu direito poderá se insurgir e submeter a disputa ao Poder Judiciário, com vistas à sua resolução.

Portanto, em arremate, tem-se que a construção de normas individuais e concretas desprezando o entendimento preconizado pelo STF ou pelo STJ em julgamento de instrumento com decisão vinculante representará não apenas o desvirtuamento do sistema de precedentes implantado no Brasil, mas também contribuirá para o aumento do número de processos que chegam todos os anos aos tribunais pátrios.

¹⁶⁶ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. Revista de Processo. v. 247. São Paulo: Editora RT, setembro, 2015. p. 442.

¹⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

5.2 – Vinculação de órgãos da administração aos precedentes vinculantes

5.2.1 – O CARF e a necessidade de observância de precedentes vinculantes

As decisões proferidas pelo STF e pelo STJ nos julgamentos de instrumentos cujas decisões possuem efeito vinculantes são de aplicação obrigatória pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) e encontra fundamento no artigo 62, § 2º, do seu Regimento Interno¹⁶⁸. Como temos sustentado ao longo do presente trabalho, e que também reforçaremos em item subsequente, as decisões com efeitos vinculantes devem ser observadas não apenas pelos órgãos do Poder Judiciário, mas sobretudo pela própria Administração. Por tal razão, sequer haveria necessidade de o Regimento Interno do CARF veicular esse comendo.

Contudo, não olvidamos que o tema gera muitos debates e, exceto em relação às súmulas vinculantes e às decisões oriundas do julgamento de ADI ou ADC, os membros da Administração não se alinham diretamente à interpretação conferida pelos tribunais superiores no julgamento de certa matéria com força vinculante. Nessas situações, é comum a alegação óbvia de que os integrantes da Administração estão sujeitos ao princípio da legalidade e que, considerando que as decisões provenientes destes instrumentos não implicam na exclusão do preceito do ordenamento, o fato de continuarem em vigor, ainda que com eficácia técnica afetada pela orientação do Tribunal Superior, impõe a sua aplicação, em desprezo ao comando imperativo do STF ou STJ.

Sem nos alongarmos nesse tópico, visto que será objeto do item 5.2.2 adiante, não concordamos com a argumentação dos que defendem a não vinculação dos precedentes a todos os integrantes da Administração e as razões serão expostas a seguir.

¹⁶⁸ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Retomando a temática sob a perspectiva específica do CARF, órgão integrante da Administração competente para julgar recursos provenientes de questionamento de atos administrativos de lançamentos para constituição do crédito tributário, a discussão acerca da necessidade de aplicação das decisões exaradas pelo STF e pelo STJ com força vinculante é de menor relevância, haja vista a previsão contida no artigo 62, § 2º, do seu Regimento Interno.

Neste particular, o ponto que desperta controvérsia é o concernente ao momento em que o CARF estaria obrigado a reproduzir nos seus julgamentos o entendimento firmado pelo STF e pelo STJ: i) com a publicação da ata do julgamento e divulgada da tese aprovada; ou, ii) com o trânsito em julgado da decisão do tribunal superior.

No CARF¹⁶⁹, prevalece o entendimento de que as decisões do STF e do STJ são vinculantes para o órgão apenas após o trânsito em julgado e a argumentação é no sentido de que o artigo 62, § 2º, do Regimento Interno, faz alusão às “decisões definitivas de mérito”. Essa linha de raciocínio parte da premissa de que, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, a posição poderá ser alterada, razão pela qual não seria adequado privar os julgadores de livremente interpretar os enunciados prescritivos atinentes ao recurso a ser julgado em benefício de uma posição passível de modificação.

Além disso, na maioria dos casos, os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ nos julgamentos com força vinculante são alvo de contestação via Embargos de Declaração, a despeito de o efeito modificativo não ser trivial, e também pedido de modulação de efeitos. Tais fatores, segundo entendemos, conduzem à prevalência da posição que defende que a decisão teria efetivamente força vinculante após o trânsito em julgado.

Entretanto, a postura adotada pelo CARF acaba por desrespeitar a previsão contida no CPC, em seus artigos 1.035, § 11, 1.039, os quais estatuem que, publicada a ata da sessão em que foi concluído o julgamento, a súmula, que conterà a

¹⁶⁹ A título de exemplo da adoção desse entendimento, citamos os acórdãos 9303-008.955 e 9303.009.165, ambos derivados de julgamentos ocorridos na 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em 17 de julho de 2019.

identificação precisa da tese prevalecente, valerá como acórdão. Portanto, a aplicação, segundo estabelece o CPC, é imediata a partir da publicação da ata.

Não obstante as ponderações anteriores no que concerne à interpretação do excerto divulgado como posição vencedora e a necessidade de aprimoramento das decisões dotadas do efeito vinculante mediante elaboração de voto médio para aglutinar as razões determinantes invocadas pelos julgadores que concluíram no sentido vencedor, a conduta do CARF desprestigia o próprio sistema de precedentes. A recusa na aplicação do entendimento imediatamente após a divulgação da ata e extrato da tese vencedora não encontra respaldo no ordenamento.

Outrossim, expõe inclusive uma contradição, na medida em que defendem que sua atuação está sujeita à estrita legalidade como justificativa para se furta a observar o que a autoridade competente para dar a interpretação final a respeito da legislação constitucional e infraconstitucional. E isso também em afronta aos valores da isonomia e segurança jurídica colimados pelo sistema de precedentes vinculantes.

Apesar de entendermos que o CARF deve seguir a posição do STF e do STJ após a publicação da ata e divulgação da tese, uma alternativa menos reprovável seria a de suspender os julgamentos sobre o tema decidido pelos tribunais superiores, ainda que isso afete a eficiência e a duração razoável do processo. Porém, tal opção se mostra menos danosa que a de simplesmente ignorar a posição do STF e do STJ e continuar concluindo julgamentos em sentido antagônico.

5.2.2 – A Administração também deve seguir os precedentes vinculantes

Em item precedente, abordamos três situações nas quais a Administração está compelida a seguir o entendimento firmado pelo STF e pelo STJ. A primeira diz respeito à necessidade de os atos administrativos serem praticados em sintonia com a posição do STF refletida em uma súmula vinculante. Também há imperatividade para a Administração o entendimento firmado pelo STF no exercício do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (ADI e ADC). Em tais hipóteses, a Constituição Federal, nos seus artigos 102, § 2º, e 103-A, é expressa ao atribuir efeito vinculante à Administração.

A terceira possibilidade, ao contrário das duas aludidas no parágrafo anterior, é decorrente de uma opção da própria Administração, a qual, ao editar o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, introduziu no artigo 62, § 2º, a determinação para que o órgão, no julgamento dos recursos que lhe são submetidos, reflita nas suas decisões o entendimento firmado pelo STF e pelo STJ em sede de repercussão geral e recursos repetitivos, respectivamente. Esse aspecto foi abordado no item anterior.

Diante desse quadro, surge a indagação concernente ao porquê de a Administração ter que refletir nos seus atos a linha interpretativa do STF e do STJ apenas nessas três circunstâncias.

Ao nosso sentir, todas as hipóteses em que decisões emanadas dos STF e do STJ possuem efeito vinculante, ainda que a legislação¹⁷⁰ estabeleça a obrigatoriedade tão somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário, deve a Administração adotar a linha interpretativa dos tribunais superiores na prática dos atos administrativos.

A Constituição Federal dispõe que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são poderes que integram a União, os quais são independentes e devem atuar de forma harmônica. A despeito de cada um possuir suas competências típicas, todos exercem também alguma das funções conferidas a outro. Por exemplo, os órgãos do Poder Judiciário, de modo atípico, também legislam, como se pode verificar no momento em que um tribunal edita o seu regimento interno. Sob o prisma do Executivo, é possível observar, de igual modo, a sua atuação como órgão julgador, principalmente quando apreciam impugnações ou recursos veiculados contra atos administrativos – na seara tributária, o combate ao ato administrativo de lançamento tributário exemplifica bem essa situação.

Restringindo-nos às particularidades do campo tributário, na edição de atos administrativos de lançamento do crédito tributário, os órgãos da Administração interpretam a legislação pertinente e constroem a norma individual e concreta que disciplinará uma relação jurídico-tributária específica. É que referido lançamento

¹⁷⁰ Em especial, o Código de Processo Civil e apesar de o seu artigo 14 prever a sua aplicação subsidiária ao processo administrativo.

poderá ser objeto de questionamento por parte do contribuinte, mas o aspecto relevante para o tema em apreço é o concernente à necessidade de a autoridade competente para a sua prática seguir o entendimento do STF e do STJ oriundo de julgamento de instrumento dotado de efeito vinculante, não apenas de súmula vinculante ou de apreciação de ADI ou ADC.

A atividade da Administração está intimamente ligada ao princípio da legalidade, com ainda mais força quando se esta diante de ato vinculado. Todo ato de aplicação da legislação e construção de normas individuais e concretas exigem a interpretação dos enunciados prescritivos pertinentes. Porém, a circunstância que se apresenta com bastante relevância é a análise das competências delineadas pela Constituição Federal e necessidade de a Administração, no seu agir, guardar respeito incondicional à legalidade, bem como outros valores listados pelo artigo 37.

A repartição de competências empreendida pela Constituição Federal outorgou ao Poder Judiciário a função de, sempre que houver um conflito na sociedade e esse poderá ser verificado na divergência de interpretação de enunciados prescritivos, interpretar os enunciados e, pois, apresentar a linha de raciocínio mais adequada e que norteará a conduta dos sujeitos que integram determinada relação jurídica. Dentre as competências conferidas aos órgãos do Poder Judiciário, há as que permitem que o STF e o STJ, ao apreciar certos instrumentos, profiram decisões que se destinem não apenas à solução do conflito existente entre aqueles que figuram nos polos de uma demanda em particular, mas que irradiam efeitos sobre todos os processos em curso e também exerçam o relevante papel de orientar a criação de novas normas individuais e concretas pelas autoridades competentes.

Destarte, se uma matéria foi apreciada pelo STF ou pelo STJ em instrumento com força vinculante, não há justificativa para que se admita que a própria Administração deixe de seguir a orientação do tribunal superior. Até porque, pelo princípio da legalidade, deve-se adotar a interpretação mais adequada para os enunciados prescritivos pertinentes e segundo a autoridade competente para dizê-la. E, na espécie, compete ao STF ou ao STJ tal papel.

A alegação de que as hipóteses em que a decisão é vinculante para a Administração estão expressamente previstas não resiste a uma investigação mais

atilhada do Ordenamento pátrio. A harmonia entre os poderes pressupõe que cada atue na sua esfera de competência e, além disso, envide esforços para que haja coerência com as balizas do Estado. Logo, se for admitida a possibilidade de a Administração editar atos administrativos em evidente contrariedade ao entendimento firmado pelo STF ou pelo STJ ao interpretar enunciados da legislação constitucional ou infraconstitucional, respectivamente, a conclusão será a de que essa mesma Administração estaria autorizada a conferir às disposições legais a interpretação que melhor lhe aprouver sempre. E isto de forma precária e com a suscetibilidade de gerar efeitos bastante nefastos para o próprio sistema.

Sendo os tribunais superiores os órgãos competentes para fornecer a interpretação mais adequada dos enunciados prescritivos em vigor no Ordenamento jurídico pátrio, qualquer indivíduo que se sentir prejudicado em virtude da aplicação de certa disposição, poderá levar a sua insatisfação para que seja solucionada pelo Judiciário. Por conseguinte, se o tribunal superior proferiu uma decisão com força vinculante, mesmo que, a princípio, tão somente para os órgãos jurisdicionais de instância inferior, a edição de um ato administrativo com interpretação em sentido diversa daquela conferida pelo STF ou pelo STJ implicará no surgimento de um novo contencioso, no bojo do qual uma autoridade será chamada para aplicar a posição na norma individual e concreta que disciplinará aquela relação jurídica.

Ademais, aceitar que a Administração despreze os precedentes vinculantes na prática de seus atos é permitir que os valores da isonomia e eficiência sejam relativizados. O primeiro desrespeito pode ser verificado no momento em que um contribuinte recebe tratamento diverso daqueles que figuraram como parte em um processo judicial.

A segunda é caracterizada por ocasião da prática de ato que está destinado a ser modificado pelo Poder Judiciário, caminhando em sentido antagônico à eficiência que dever ser indelével ao modo de atuar da Administração. Na medida em que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário prevalecem sobre atos administrativos que não refletem a interpretação mais adequada dos enunciados prescritivos pertinentes, na linha do entendimento oriundo do STF ou STJ com força vinculante, esses serão anulados. Por conseguinte, admitir a edição de ato

administrativo com a certeza de que será anulado pelo Poder Judiciário é aceitar que a Administração atue de modo ineficaz.

Inferre-se das colocações acima que a estrutura do Estado brasileiro impõe que a Administração siga as interpretações firmadas pelo STF e pelo STJ nos julgamentos cujas decisões possuem força vinculante, não apenas diante de súmulas vinculantes e atuação em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Esses tribunais superiores receberam a competência para fornecer a interpretação mais adequada da legislação constitucional e infraconstitucional, de modo que a coerência e racionalidade em face da estrutura delineada pela Constituição Federal impõem a vinculação da Administração às decisões que possuem tal qualificação.

5.3 – Particularidades no ato administrativo de lançamento tributário

5.3.1 – Reflexos na contagem do prazo de decadência

Aspecto com capacidade de gerar discussões em relação à produção de efeitos das decisões vinculantes é o concernente ao prazo de decadência para que a autoridade administrativa proceda ao lançamento para constituição do crédito tributário.

De início, relevante ponderar que, no STJ, prevalece, de longa data, o entendimento segundo o qual o prazo de decadência para a prática do ato de constituição do crédito tributário não está sujeito à suspensão nem à interrupção¹⁷¹. Chegou-se inclusive ao extremo de afirmar que, mesmo que houvesse decisão judicial impedindo a sua efetivação, a autoridade administração deveria leva-lo a efeito¹⁷², sempre sob pena de extinção do direito devido ao não exercício no tempo assinalado.

Além disso, admite-se que o lançamento seja efetuado e dado regular andamento à discussão na esfera administrativa, ainda que esteja em vigor decisão

¹⁷¹ “O prazo de decadência não se interrompe e não se suspende, porquanto o lançamento deverá ser efetuado no interregno estabelecido no art. 173, I, do CTN.” (REsp 106.593/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/1998, DJ 31/08/1998)

¹⁷² “O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.” (REsp 119.986/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2001, DJ 09/04/2001)

judicial com determinação de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O que tal decisão impede é que, na hipótese de encerramento da discussão na esfera administrativa, sejam iniciados os atos tendentes à cobrança do montante na esfera judicial¹⁷³.

A posição majoritária da jurisprudência do STJ está fortemente escorada na doutrina civilista que, amparada no disposto no artigo 207 do Código Civil, sustenta que as hipóteses de suspensão e interrupção do prazo de prescrição não são aplicáveis à decadência¹⁷⁴. Tal concepção tem sido igualmente difundida no que concerne à seara tributária, valendo mencionar ser esse o raciocínio de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁷⁵ e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹⁷⁶. Porém, ao nosso sentir, particularidades inerentes aos atos de constituição do crédito tributário e, até mesmo, a norma construída a partir da interpretação do artigo 173, inciso I, do CTN, teriam sido superadas por essa vertente.

Registre-se que, não obstante o posicionamento do STJ sobre o tema e também de parte da doutrina, também identificamos autores focados em matéria tributária que têm, há tempos, tecido críticas à concepção de que o prazo de decadência para constituição do crédito tributário não pode ser suspenso ou interrompido. A título de exemplo, podemos citar PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁷⁷ e CHRISTINE MENDONÇA¹⁷⁸. Para esses autores, no CTN não há qualquer disposição que vede a suspensão ou interrupção do prazo de decadência para constituição do crédito tributário e, ademais, o disposto no artigo 173, inciso I, seria um típico exemplo de situação na qual se admite a interrupção, visto que permite,

¹⁷³ “Ademais, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede a prática de qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita o Fisco de proceder ao lançamento com o desiderato de evitar a decadência, cuja contagem não se sujeita às causas suspensivas ou interruptivas.” (REsp 1717133/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 26/11/2018)

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355.

¹⁷⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 626.

¹⁷⁶ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 229.

¹⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 469 e 470.

¹⁷⁸ MENDONÇA, Christine. *Decadência e prescrição em matéria tributária*. SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 665 e 666.

quando for proferida decisão pela anulação de lançamento por vício formal, que o prazo estabelecido de 5 anos se reinicie e um novo lançamento poderá ser efetivado.

Alinhamo-nos à corrente que preconiza a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo de decadência para constituição do crédito tributário em situações excepcionais, tais como: i) a prevista no artigo 173, inciso I, do CTN; ii) decisão liminar ou de antecipação de tutela com ordem para que a autoridade administrativa não proceda à constituição do crédito tributário; e, no que atine especificamente ao objeto desse trabalho, iii) quando determinado tema for afetado para julgamento em instrumento cuja decisão é dotada do efeito vinculante e desde que haja decisão expressa determinando a suspensão da prática de atos administrativos que resultem na aplicação dos enunciados que serão objeto de interpretação pelo STF e pelo STJ.

A suspensão ou a interrupção da fluência do prazo de decadência estão relacionadas à prolação de uma decisão anterior ou posterior à ocorrência do evento que poderá ser indicado no antecedente da norma individual e concreta. Assim, i) na modalidade tratada no artigo 173, inciso I, do CTN, houve interrupção pelo lançamento originário anulado e reinício do prazo após a decisão; ii) se a decisão for anterior, obsta-se o início do prazo e, pois, possibilidade de cômputo integral após eventual reforma, se ocorrer; ou, iii) se posterior, suspende-se a contagem do prazo e esse poderá ser retomado, pelo período remanescente, com a reforma da decisão que impedia a prática do lançamento.

No que concerne à suspensão ou interrupção do prazo de decadência para a constituição do crédito tributário na situação em que uma decisão judicial impeça que a autoridade administrativa pratique o ato, tem-se que uma norma individual e concreta, muito embora não seja definitiva – tendo como premissa o fato de ser uma decisão provisória –, obsta a eficácia técnica da norma que impõe a obrigação do agente praticar o ato. O artigo 142 do CTN estatui que a constituição do crédito tributário é ato vinculado da autoridade administrativa. Por sua vez, o artigo 150 do CTN prevê hipótese em que a constituição do crédito tributário é decorrente de ato

praticado pelo próprio sujeito passivo¹⁷⁹. Independentemente de se estar diante de hipótese na qual o crédito tributário deva ser constituído pela Administração ou pelo sujeito passivo, com a possibilidade de atuação da autoridade caso o particular não cumpra a sua obrigação espontaneamente, é certo que, se for proferida uma decisão que impeça a prática do ato, não procede qualquer alegação de que uma das partes se quedou inerte e que, com o decurso de certo prazo, por razão de segurança jurídica, extinto estará o direito não exercido.

Os pressupostos para que se afirme haver decadência do direito de constituir o crédito tributário são i) a obrigação de praticar o ato e ii) a inexistência de decisão que proíba a sua efetivação. Ou seja, somente quando esses dois pressupostos estiverem preenchidos será possível afirmar que houve inércia pelo lapso temporal estabelecido (na espécie, de 5 anos e observados os marcos iniciais) e, por esse motivo, a perda do direito. O próprio STJ já decidiu nesse sentido, oportunidade em salientou que havia impedimento à constituição do crédito, de modo que não seria possível alegar que houve inércia:

Desta sorte, malgrado a jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede o lançamento, no caso sub examine, restou obstado o exercício, pelo Fisco, do seu dever de constituir o crédito tributário enquanto vigorasse a liminar deferida no âmbito de mandado de segurança, o que ocasionou a desconstituição de anterior auto de lançamento lavrado tempestivamente (por desobediência à aludida ordem judicial), razão pela qual não fluiu o lustro decadencial, uma vez que não se caracterizou a inércia do sujeito ativo, que, com a cassação da decisão impeditiva, pelo STF, em 21.06.2002, procedeu ao lançamento antes do decurso do prazo quinquenal, em 23.09.2004.¹⁸⁰

Adicione-se que, diante da existência de decisão impeditiva da prática do ato de constituição do crédito, se o agente administrativo efetuar o lançamento, estará caracterizado crime de desobediência previsto no artigo 359 do Código Penal¹⁸¹. Logo, conclui-se que, no cenário delineado, está evidenciada uma hipótese na qual a

¹⁷⁹ Marcelo Fortes de Cerqueira afirma que o lançamento seria o gênero, sendo o ato administrativo de lançamento e o ato de auto-imposição tributária suas espécies. (CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 207.)

¹⁸⁰ REsp 849.273/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 07/05/2008.

¹⁸¹ “Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito
Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.”

suspensão ou interrupção do prazo de decadência para constituição do crédito é cabível.

Os casos que se encaixam na moldura fática descrita dizem respeito a decisões proferidas em processos individuais e nas quais a determinação produz efeitos apenas entre as partes que integram a relação jurídica.

Por outro lado, nas situações envolvendo o julgamento de instrumentos cujas decisões terão efeitos vinculantes, entendemos que a simples afetação da matéria para apreciação em julgamento marcado pela abstrativização não induz à conclusão de que o prazo de decadência estaria suspenso ou interrompido. Para que isso ocorra, é imprescindível que o STF ou o STJ, no momento da afetação ou posteriormente, profira decisão expressa determinando a suspensão da prática de atos administrativos que resultem da aplicação dos enunciados que serão objeto de interpretação pelo STF e pelo STJ. Ao apreciar pedido cautelar formulado em ADI ou ADC, o STF poderá, de igual modo, suspender a eficácia técnica do dispositivo questionado e impedir que esse seja aplicado. Essa a posição de ROBSON MAIA LINS:

Entendemos que o STF, ao deferir a cautelar suspensiva da eficácia técnico-sintática da RMIT, com efeito vinculante, suspende o curso do prazo decadencial em relação aos créditos ainda não constituídos, e o prescricional, em relação aos créditos já constituídos, ainda que não conste tal comando expressamente na parte dispositiva da decisão. É como se, diante da cautelar de inconstitucionalidade com efeito vinculante, as normas de decadência (arts. 173 e 150, § 4º do CTN) e as de prescrição (art. 174 do CTN), para o caso específico daquela RMIT atacada pelo controle concentrado de constitucionalidade, restassem com as respectivas eficácias técnico-sintática suspensas.¹⁸²

Uma vez proferida decisão que suspenda a eficácia técnica dos enunciados prescritivos e impeça que sejam praticados atos administrativos em que a norma seja construída a partir da interpretação destes, é certo que o prazo de decadência para eventual constituição de crédito tributário não fluirá no período em que a decisão estiver em vigor. E com o diferencial, quando comparado com a situação envolvendo processos individual, de que os efeitos desta decisão serão gerais (*erga omnes*). Essa é uma decorrência da afetação da matéria para julgamento que terá efeitos

¹⁸² LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: Decadência e Prescrição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. p. 169 e 170.

vinculantes e a circunstância de que, a partir desse momento, a apreciação a ser empreendida assume contornos de abstratividade.

Portanto, frente às considerações desenvolvidas, entendemos que apenas nas situações em que, seja no momento da afetação de determinado tema para julgamento em instrumento dotado do efeito vinculante ou mesmo em ato posterior do STF ou do STJ, houver uma ordem expressa que impeça a aplicação dos enunciados prescritivos utilizados na construção de normas cuja constitucionalidade ou legalidade será apreciada, admitir-se-á a suspensão ou interrupção do prazo de decadência para constituição do crédito tributário.

A inexistência de decisão nesse sentido impõe que os lançamentos sejam efetuados, ainda que haja grande debate acerca da constitucionalidade ou legalidade das normas individuais e concretas resultantes da interpretação dos enunciados, sob pena de extinção do direito pelo decurso do prazo e constatação da inércia da autoridade administrativa.

Para arrematar, no tocante aos efeitos da decisão vinculante que apreciou o mérito da questão, exceto se houver a expedição de ordem anterior impedindo a prática de atos administrativos de constituição do crédito tributário ou modulação de efeitos disciplinando esse aspecto de forma assertiva, não haverá reflexo na contagem do prazo de decadência e, mesmo diante de controvérsias acerca da constitucionalidade e legalidade das normas construídas, os lançamentos deverão ser efetivados. A publicação da decisão, por si só, não influenciará no cômputo desse prazo, afastando-se de uma vez eventuais tentativas de reabertura da contagem tomando como marco inicial a publicação da decisão com efeitos gerais, tal como foi aceito pelo STJ¹⁸³ no passado distante, em entendimento corretamente superado pela jurisprudência hodierna.

¹⁸³ “O prazo prescricional quinquenal das ações de repetição/compensação do PIS flui a partir da data de publicação da Resolução do Senado nº 45/95, que suspendeu a execução dos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF em controle difuso.” (EREsp 423.994/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2003, DJ 05/04/2004)

5.3.2 – Revisão do lançamento

O ato administrativo de lançamento tributário caracteriza a materialização da aplicação da regra matriz de incidência tributária e, por conseguinte, criação de uma norma individual e concreta que constitui uma dada relação jurídica entre fisco e contribuinte. Ao praticar o ato, a autoridade administrativa externa a sua interpretação dos enunciados prescritivos aplicáveis na construção da norma individual e concreta.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES pontua sobre o tema:

A polivalência de significados do termo “lançamento” revela-se, ainda, na distinção entre dois sentidos geralmente confundidos pela doutrina tradicional. Deve-se distinguir, no lançamento, (a) o ato ou procedimento de criação normativa, ato e procedimento pelos quais é posta uma norma individual e concreta, inovando o ordenamento jurídico, e (b) a própria norma instituída por esse ato ou procedimento. O termo significa não só um ato ou procedimento determinado, mas também o produto jurídico desse ato ou procedimento, ou seja, a consequência imputada pelo ordenamento jurídico a esse ato ou procedimento. Essa consequência é atribuída pelo ordenamento jurídico tributário, particularmente o art. 142 do CTN, norma de graduação superior ao lançamento, considerado como seu suporte jurídico. A produção de efeitos jurídicos pelo lançamento consiste, pois, numa norma ou em normas criadas de acordo com o respectivo procedimento administrativo.¹⁸⁴

Em linha de raciocínio semelhante, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO afirma acerca do ato administrativo de lançamento:

a norma introdutora, concreta e geral, fruto do exercício da função administrativa pelo agente fiscal e que possui o condão de inserir no sistema normas concretas e individuais que atestam a incidência da regra-matriz tributária (e também, eventualmente, das regras que prescrevem multas por descumprimento de deveres instrumentais).¹⁸⁵

Destarte, praticado um ato de lançamento baseado em uma interpretação dos enunciados, poderá esse ser revisto após a formação de um precedente que deu outra interpretação aos mesmos dispositivos? Isso caracteriza alteração de critério jurídico do lançamento?

Retomando a premissa adotada no início desse tópico, tem-se que a norma individual e concreta materializada no ato de lançamento também evidencia o critério

¹⁸⁴ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 122 e 123.

¹⁸⁵ PEIXOTO, Daniel Monteiro. *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 167.

jurídico empregado pela autoridade administrativa. O CTN, por sua vez, estatui no seu artigo 146¹⁸⁶ que a modificação do critério jurídico adotado em um lançamento, seja decorrente de um ato de ofício da autoridade ou em virtude de decisão de um órgão administrativo de julgamento ou judicial, somente poderá ser alterado em relação aos fatos subsequentes à sua introdução.

Em outras palavras, depois de efetuado um lançamento, o critério jurídico nele refletido não poderá ser modificado no que toca aos fatos compreendidos naquele ato, de modo que, mesmo que a própria Administração constate que foi adotado um entendimento equivocado, está vedada a sua alteração com o desiderato de justificar o ato já praticado. Logo, apenas no que concerne aos fatos posteriores, o critério novo poderá ser empregado.

É nesse aspecto em especial que a linha de raciocínio apresentada como mais adequada por um tribunal superior ao julgar instrumento com decisão dotada de efeito vinculante poderá ensejar debates no tocante à possibilidade de revisão do ato administrativo de lançamento.

A constitucionalidade e legalidade da norma individual e concreta materializada no ato de lançamento é passível de questionamento pelo contribuinte nas esferas administrativas e judicial. De acordo com as prescrições do CTN nos artigos 145 e 149, há hipóteses específicas e delimitadas nas quais o lançamento efetuado poderá ser alterado. Porém, dentre tais possibilidades, não se encontra a que autorizaria uma alteração da interpretação dos enunciados prescritivos invocados pelo autor do ato.

Disso decorre que o controle de constitucionalidade e legalidade do ato administrativo de lançamento toma como ponto de partida a norma individual e concreta nele refletida. E essa interpretação não poderá ser modificada, haja vista o óbice estabelecido pelo artigo 146 do CTN e a circunstância de que um novo critério apenas tem o condão de produzir efeitos para a disciplina de fatos subsequentes.

¹⁸⁶ “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.”

Nessa ordem de ideias, esclarecemos que a linha interpretativa acolhida pelo tribunal superior e com efeitos vinculantes não autorizará a revisão da norma individual e concreta do ato administrativo de lançamento. Ao interpretar os enunciados prescritivos e definir qual a interpretação mais adequada, o tribunal superior estabelece que as normas construídas em sentido diverso devem ser superadas.

Como resultado do exercício dessa competência pelo tribunal superior, efetivar-se-á, tanto a Administração quanto os órgãos de instância inferior do Poder Judiciário, a análise da compatibilidade das normas individuais e concretas questionadas à luz da interpretação conferida pelo tribunal superior aos enunciados prescritivos aplicáveis e diante das circunstâncias postas na ocasião.

Portanto, não se admite que o ato de lançamento seja revisado, a fim de possibilitar a sua manutenção, alterando-se a norma individual e concreta. Não há espaço para empreender essa modificação. Ou a norma individual e concreta está em consonância com a interpretação conferida pelo tribunal superior, o que implicará na sua manutenção e produção dos inerentes efeitos; ou essa apresenta uma incompatibilidade e será substituída por uma nova norma individual e concreta, que poderá resultar no cancelamento do ato de lançamento ou terá a sua abrangência reduzida, diante de uma parcial inadequação. Como exemplo dessa parcial aderência à interpretação do tribunal superior, podemos citar a eleição de base de cálculo contemplando, além dos elementos admitidos pela orientação vinculante, algo diverso e que deverá ser subtraído, sem que haja um comprometimento total do lançamento.

Conclui-se, em arremate, que o ato administrativo de lançamento cria uma norma individual e concreta como resultado da adoção de um critério jurídico, o qual será submetido ao teste de constitucionalidade e legalidade diante do entendimento vinculante estabelecido pelo tribunal superior. O resultado dessa análise poderá ser i) a manutenção do ato administrativo, desde que a norma individual e concreta seja compatível com a interpretação tida como mais adequada pelo tribunal superior; ii) o seu cancelamento, se constatada a total dissonância à linha de interpretação conferida pelo tribunal superior; ou, iii) a redução da sua abrangência, caso se verifique que algum dos elementos empregados exceda os limites definidos pelo tribunal superior e seja possibilidade reduzir a sua abrangência. O que não se admite,

contudo, é que a norma individual e concreta materializada no ato de lançamento seja revisada com o desiderato de manter o ato e contendo um critério jurídico distinto do originalmente invocado.

5.4 – Reflexos no tocante à continuidade da cobrança do crédito tributário após o encerramento da discussão na esfera administrativa

Encerrada a discussão acerca da legalidade do crédito tributário na esfera administrativa e mantida a exigência, o passo seguinte é o encaminhamento do valor para inscrição em dívida ativa, a fim de que seja lavrada a certidão (título executivo extrajudicial) que será cobrada nos autos de uma Execução Fiscal. Segundo prescreve o artigo 2º, § 3º, da Lei 6.830/1980¹⁸⁷, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa também constitui um mecanismo para controle da legalidade do ato administrativo.

Assim, ainda que o crédito tenha sido mantido no julgamento pelos órgãos administrativos, a autoridade competente para promover o ato de inscrição em dívida ativa deverá realizar nova apreciação acerca da sua legalidade e, portanto, poderá deixar de inscrevê-lo se concluir pela sua ilegalidade.

Neste particular, um aspecto com potencial de gerar discussão é o concernente à situação em que uma autoridade administrativa, ao exercer o controle da legalidade que precede à inscrição dívida, verifica que o órgão julgador deixou de seguir a posição firmada pelo STF ou pelo STJ em decisão com força vinculante ou que, após a conclusão da discussão perante as instâncias administrativas, foi exarado pronunciamento de observância imperativa.

¹⁸⁷ “Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na [Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964](#), com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (...)”

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

Sempre firme na posição sustentada ao longo do presente trabalho, a Administração está obrigada a seguir o entendimento do STF e do STJ materializado em decisões com força vinculante – e, pois, não apenas oriundas de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e súmula vinculante – em todos os atos administrativos que serão editados. Por conseguinte, o agente competente para promover o ato de inscrição em dívida ativa deverá deixar de fazê-lo se o entendimento das autoridades que apreciaram o recurso do contribuinte for contrário à posição do STF ou do STJ. Não há obrigatoriedade de inscrever em dívida ativa pelo simples fato de o lançamento ter sido confirmado, na medida em que se está diante de um novo ato administrativo, não mera fase protocolar que antecede o ajuizamento da execução fiscal.

E um ponto importante a ser levado em consideração pela autoridade que realiza a inscrição em dívida ativa é o relativo às consequências da propositura de execução fiscal com a tentativa de cobrar valor que um tribunal superior já declarou ser indevido. O artigo 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração deverá obedecer, dentre outros, o princípio da eficiência, o qual requer os fins colimados sejam alcançados mediante adoção de medidas mais eficazes e econômicas.

Na espécie, tendo em vista que o fundamento suscitado pela Administração ao veicular a cobrança do crédito tributário já foi superado pelo STF ou pelo STJ, que firmaram decisões vinculantes em sentido antagônico, não há qualquer utilidade ou interesse na continuidade da inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execuções fiscal fadada à extinção. E o que é pior: com a promoção de atos que acarretarão custos desnecessários e risco certo de condenação da Administração ao pagamento de honorários de sucumbência, cujos patamares inaugurados pelo Código de Processo de Civil de 2015¹⁸⁸ são elevados.

¹⁸⁸ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

Destarte, advindo decisão do STF ou do STJ com força vinculante após a conclusão da discussão administrativa acerca da legalidade do crédito tributário constituído, deverá a autoridade competente para promover a sua inscrição em dívida realizar novo controle de legalidade e, diante dessa nova circunstância, deixar de praticar o ato.

O entendimento preconizado encontra respaldo, ainda que a contrario sensu, no que prevê o artigo 535, § 5º, do CPC¹⁸⁹. De acordo com esse enunciado, promovida a execução em face da Fazenda Pública, poderá essa se insurgir contra a exigência e sustentar a sua inexigibilidade se o entendimento refletido no título executivo estiver fundamentado em lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF, seja em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Interpretando-se sistematicamente o enunciado prescritivo em voga, chega-se à conclusão de que o título executivo fundamentado em posição contrária ao entendimento do STF, deverá ser considerado inexigível.

A linha de argumentação mencionada também impõe que a Administração, cujo agir está obrigatoriamente vinculado ao princípio da legalidade, em todas as ocasiões que estiver diante da prática de ato cujo fundamento norteador é sabidamente contrário ao entendimento do STF e do STJ exarado em julgamento de instrumento cuja decisão possui força vinculante, realize o controle de legalidade e, na espécie, acompanhe a posição do tribunal superior. Por consequência, na situação em que o lançamento for mantido pelos órgãos julgadores administrativos, o agente com competência para praticar o ato administrativo de inscrição em dívida ativa deverá deixar de fazê-lo e justificar a sua conduta, como resultado desse controle de

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.”

¹⁸⁹ “Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...)”

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a [Constituição Federal](#), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

legalidade prévio, na orientação de observância imperativa proveniente do STF ou STJ.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como escopo abordar o modo como as decisões vinculantes proferidas pelo STF e pelo STJ são formadas e os reflexos desses pronunciamentos em atos administrativos de aplicação da legislação tributária.

Como ponto de partida, tratou-se da criação de normas jurídicas e a importância do papel desempenhado por uma autoridade para que sejam formalizados os atos de aplicação do direito. A norma jurídica, segundo a corrente do Constructivismo-Lógico Semântico e à qual nos aderimos, é a construção que o interprete faz a partir dos textos do direito positivo (suportes físicos) e percorrendo todas as etapas (S1 a S4) do percurso gerador de sentido.

Toda interpretação que se faz, seja de textos do direito positivo ou de quaisquer outros, é carregada e influenciada pelos valores que são caros ao sujeito. Assim, no primeiro momento, alcança-se a norma geral e abstrata, fruto da interpretação dos enunciados prescritivos, mediante atribuição de sentido aos signos empregados. No segundo momento e instante que representa o ato de aplicação, a autoridade competente cria a norma individual e concreta, instrumento destinado a regular uma relação jurídica específica, prescrevendo os direitos e deveres dos indivíduos que dela fazem parte.

Nessa linha, uma vez que o sujeito titular da competência para construir as normas individuais e concretas interpreta os enunciados do direito positivo, é certo que as posições externadas pelos tribunais superiores no julgamento de instrumentos cujas decisões são dotadas de efeitos vinculante devem ser consideradas e tidas como premissa inicial, sempre que os mesmos enunciados forem aplicáveis à espécie.

O STF exerce o controle de constitucionalidade de todas as normas construídas com base nos enunciados prescritivos introduzidos no sistema do direito positivo pátrio. A compatibilidade das normas construídas com a interpretação mais adequada da Constituição Federal é importante meio para aferição da validade dessas perante o ordenamento, daí a relevância do papel da Corte no sistema.

Por sua vez, o STJ tem a competência de apreciar questões concernentes à interpretação da legislação federal infraconstitucional. Em decorrência da

competência para dizer qual a interpretação da legislação federal infraconstitucional mais adequada e a ser observada, o STJ também atua como órgão de uniformização da jurisprudência, podendo atuar sempre que for constatado que dois tribunais de 2ª instância decidiram uma mesma matéria em sentidos distintos.

Destarte, como órgãos de cúpula do Poder Judiciário, cada qual com a sua competência bem delimitada, o STF e o STJ exercer a relevante função de resolver os conflitos existentes na sociedade brasileira e, mediante pronunciamentos qualificados pela força imperativa, contribuir para o desenvolvimento da interpretação dos enunciados prescrições que serão aplicados às relações jurídicas.

O sistema de precedentes instituído pelo CPC parte da premissa de que as decisões oriundas do julgamento de determinados instrumentos terão efeito vinculante para o Poder Judiciário e que, justamente por esse motivo, a sua inobservância ou mesmo a prolação de decisão conflitante, estarão sujeitas ao questionamento pela via da reclamação. São eles: i) acórdãos do STF em controle concentrado de constitucionalidade; ii) súmulas vinculantes (aqui, também vinculante para a Administração, não apenas ao Poder Judiciário); iii) acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; e, iv) acórdãos do STF ou do STJ no julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, respectivamente.

O CPC dispõe que apenas os órgãos do Poder Judiciário estariam obrigados a seguir o entendimento do STF e do STJ em decisões com efeito vinculante, sendo que, para a Administração, a imperatividade ocorreria tão somente nas decisões em controle concentrado de constitucionalidade e se editada súmula vinculante. Entretanto, considerando que todos os atos administrativos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade e legalidade, o qual é avaliado mediante aferição se a interpretação da autoridade administrativa reflete a posição mais adequada segundo o entendimento do STF e do STJ, em decisões imperativas, sustentamos que a Administração como um todo deverá seguir os pronunciamentos vinculantes.

Da perspectiva do sistema brasileiro de precedentes vinculantes, a identificação das razões determinantes das decisões é de extrema relevância, uma vez que constituem importante meio para auxiliar na compreensão da tese firmada

pelo Tribunal Superior. Por conseguinte, a aferição da adequada interpretação conferida pela Corte aos enunciados prescritivos somente se mostra possível se identificadas as razões determinantes, ou seja, a essência da decisão, o que efetivamente irradiará efeitos sobre os órgãos obrigados a seguir o entendimento.

A figura do *stare decisis* está relacionada à força vinculante de precedentes em um dado sistema. No Brasil, em decorrência das características do sistema de precedentes implantado, entendemos que essa poderá ser aludida com menor importância se comparado com um país de tradição de *common law*, até porque, nesses, as decisões judiciais criam propriamente o direito e a invocação de determinado pronunciamento como razão de decidir autoriza a sua consideração como precedente. Por outro lado, em nosso território, as decisões judiciais criam as normas jurídicas a partir da interpretação dos enunciados prescritivos elaborados pelos integrantes do Poder Legislativo e a necessidade de observância de decisões provenientes do julgamento de alguns instrumentos decorre de imposição legal, não porque representa a criação do direito em si.

Por conta dessa particularidade e tendo em vista a relevância das razões determinantes na compreensão da posição firmada pela Corte, que será reduzida na tese divulgada ao final do julgamento, sugerimos a edição e divulgação de um voto médio pelo tribunal superior. O voto médio se mostra como um eficiente instrumento para aglutinar as razões determinantes que tenham sido suscitadas pela maioria dos julgadores e que efetivamente convergem para o entendimento predominante. Em outras palavras, da mesma forma que ocorre com as conclusões de cada julgador, que interessam no cômputo dos votos numa dada linha interpretativa, as razões determinantes preconizadas pela maioria deverão ser contempladas e expostas no voto médio. Esse mecanismo será de grande valia no que concerne à interpretação dos enunciados prescritivos pelas autoridades vinculadas à posição e também contribuirá com a divulgação adequada da posição alcançada.

Acerca da produção de efeitos das decisões caracterizadas pelo efeito vinculante, por medida de segurança jurídica, entendemos que os tribunais superiores não só podem, como devem, modular os efeitos de suas decisões nos casos em que houver modificação de entendimento jurisprudencial consolidado, independentemente de qual o instrumento tenha sido objeto de julgamento, visto que a interpretação

fornecida serve de parâmetro para a tomada de decisões pelos tribunais inferiores, pela Administração e também pelos particulares. Logo, uma mudança radical não deve afetar situações concretizadas e cujos comportamentos tiveram como referência o paradigma (entendimento jurisprudencial) anteriormente vigente. Portanto, nessas situações, a atribuição de efeitos prospectivos é medida recomendável.

Respeitadas eventuais modulações ou restrições quanto à observância do precedente, a partir do momento estabelecido para que esses produzam os regulares efeitos, todas as autoridades com competência para praticar atos de aplicação do direito devem tomar como premissa de sua função interpretativa o entendimento firmado pelo tribunal superior, caso a situação a ser disciplinada guarde identidade essencial. E isto se reforça diante da circunstância de, se não houver a adequada aplicação do entendimento do tribunal superior, a despeito da identidade do cenário fático e dos enunciados prescritivos aplicáveis, a parte que se sentir preterida em seu direito poderá se insurgir e submeter a disputa ao Poder Judiciário, com vistas à sua resolução. E o fim colimado com a implantação do sistema de precedentes não é o aumento do contencioso; ao revés, almeja reduzir o número de processos, especialmente porque há divulgação ampla da posição firmada sobre determinados temas.

Destarte, reiteramos nossa posição de que em todas as hipóteses que decisões emanadas dos STF e do STJ possuam efeito vinculante, ainda que a legislação – em especial, o Código de Processo Civil – estabeleça a obrigatoriedade tão somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário, deve a Administração adotar a linha interpretativa dos tribunais superiores na prática dos atos administrativos.

A estrutura do Estado brasileiro impõe que a Administração siga as interpretações firmadas pelo STF e pelo STJ nos julgamentos cujas decisões possuem força vinculante, não apenas diante de súmulas vinculantes e atuação em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Esses tribunais superiores receberam a competência para fornecer a interpretação mais adequada da legislação constitucional e infraconstitucional, de modo que a coerência e racionalidade em face da estrutura delineada pela Constituição Federal impõem a vinculação da Administração às decisões que possuem tal qualificação.

Ademais, entendemos que apenas nas situações em que, seja no momento da afetação de determinado tema para julgamento em instrumento dotado do efeito vinculante ou mesmo em ato posterior do STF ou do STJ, houver uma ordem expressa que impeça a aplicação dos enunciados prescritivos utilizados na construção de normas cuja constitucionalidade ou legalidade será apreciada, admitir-se-á a suspensão ou interrupção do prazo de decadência para a prática do ato administrativo de constituição do crédito tributário.

Dessa forma, no tocante aos efeitos da decisão vinculante que apreciou o mérito da questão, exceto se houver a expedição de ordem anterior impedindo a prática de atos administrativos de constituição do crédito tributário ou modulação de efeitos disciplinando esse aspecto de forma assertiva, não haverá reflexo na contagem do prazo de decadência e, mesmo diante de controvérsias acerca da constitucionalidade e legalidade das normas construídas, os lançamentos deverão ser efetivados. A publicação da decisão, por si só, não influenciará no cômputo desse prazo, afastando-se de uma vez eventuais tentativas de reabertura da contagem tomando como marco inicial a publicação da decisão com efeitos gerais, como se posiciona o STJ atualmente.

O ato administrativo de lançamento cria uma norma individual e concreta como resultado da adoção de um critério jurídico, o qual será submetido ao teste de constitucionalidade e legalidade diante do entendimento vinculante estabelecido pelo tribunal superior. O resultado dessa análise poderá ser i) a manutenção do ato administrativo, desde que a norma individual e concreta seja compatível com a interpretação tida como mais adequada pelo tribunal superior; ii) o seu cancelamento, se constatada a total dissonância à linha de interpretação conferida pelo tribunal superior; ou, iii) a redução da sua abrangência, caso se verifique que algum dos elementos empregados exceda os limites definidos pelo tribunal superior e seja possibilidade reduzir a sua abrangência. O que não se admite, contudo, é que a norma individual e concreta materializada no lançamento seja revisada com o desiderato de manter o ato e com um critério jurídico distinto do originalmente invocado.

Divulgado um precedente vinculante e iniciada a produção dos seus efeitos, o controle de constitucionalidade e legalidade do ato de lançamento terá o entendimento do tribunal como referencial. Esse fato novo (conclusão do julgamento

com força vinculante) não terá o condão de permitir a revisão do ato administrativo, haja vista a impossibilidade de modificação do critério jurídico adotado no lançamento.

Por fim, advindo decisão do STF ou do STJ com força vinculante após a conclusão da discussão administrativa acerca da legalidade do crédito tributário constituído, deverá a autoridade competente para promover a sua inscrição em dívida realizar novo controle de legalidade e, diante dessa nova circunstância, deixar de praticar o ato.

O atuar da Administração está obrigatoriamente vinculado ao princípio da legalidade e, em todas as ocasiões que estiver diante da prática de ato cujo fundamento norteador é sabidamente contrário ao entendimento do STF e do STJ exarado em julgamento de instrumento cuja decisão possui força vinculante, o necessário controle de legalidade impõe seja acompanhada a posição do tribunal superior. Por consequência, na situação em que o lançamento for mantido pelos órgãos julgadores administrativos, o agente com competência para praticar o ato administrativo de inscrição em dívida ativa deverá deixar de fazê-lo e justificar a sua conduta, como resultado desse controle de legalidade prévio, na orientação de observância imperativa proveniente do STF ou STJ.

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. *Precedent in Finland*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____ ; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes no novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 351-378.
- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas normativos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coordenadores). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

_____; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

BARCELÓ, John J. *Precedent in European Community Law*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e sistema jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

BARROS, Ricardo Leonel. *Comentários aos arts. 988 a 993*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. *Precedent in Sweden*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

BLOKLAND, Wouter; MAAS, Coen; WATTEL, Peter. *The Role of Precedents in Netherlands Tax Litigation*. *Bulletin for International Taxation*, v. 73, nº 8. Publicação online em 23/07/2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

- BRITTO, Lucas Galvão de. *Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. *Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- _____. *Teoria do direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil*. *Revista de Processo*. v. 241. São Paulo: Editora RT, março, 2015. p. 413-438.
- CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF*. São Paulo: Noeses, 2018.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- _____. *A regra-matriz como esquema lógico de interpretação dos textos jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.

- _____. *Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- _____. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- _____ (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____ (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- _____. *Derivação e positivação no direito tributário*. v. III. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual aos recursos dirigidos ao STF e STJ*. São Paulo: RT, 2014.
- DAVIES, Jennifer. *Precedent and Law – Australia*. Bulletin for International Taxation, v. 73, nº 8. Publicação online em 02/07/2019.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coordenadores). *O processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.
- _____. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ENG, Svein. *Precedent in Norway*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- FARIA, Márcio Carvalho. *As funções das Cortes Superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte um)*. Revista de Processo. v. 247. São Paulo: Editora RT, setembro, 2015. p. 265-297.
- FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. *Lógica da motivação e lógica da convicção na decisão judicial*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- FIGUEIREDO, Marina Vieira de. *Lançamento tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.
- FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. Revista de Processo. v. 247. São Paulo: Editora RT, setembro, 2015. p. 423-448.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

_____. *Competências comunicativas e o tema da validade no direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Editora Noeses, 2006.

_____. *A produção abstrata de enunciados prescritivos*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. *O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. Fordham Law Review. V. 51. New York, 1982. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2> .

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederik Shauer*. Revista de Processo. v. 250. São Paulo: Editora RT, dezembro, 2015. p. 383-402.

LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: Decadência e Prescrição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

_____. *Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários aos arts. 1.029 a 1.035*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Sistema brasileiro de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- MCNAUGHTON, Charles William. *Sistema jurídica e ciência do direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia de. *Entre julgar teses e casos: transformações recentes dos papéis desempenhados pelos tribunais no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais. v. 1000. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, fevereiro, 2019. p. 237-249.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDONÇA, Christine. *Decadência e prescrição em matéria tributária*. SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo IV*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MITIDIERO, Daniel. *Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa?* Revista dos Tribunais. v. 1000. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, fevereiro, 2019. p. 191-212.

_____. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. v. 245. São Paulo: Editora RT, julho, 2015. p. 333-349.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizadora como estratégia de aceleração do procedimento*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. *Precedent in Poland*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. vol. V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

_____. *Fontes do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ação Constitucionais*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ ; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLEINIK, Rosana. *Teoria da norma jurídica e a regra-matriz de incidência como técnica de interpretação do direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O binômio repercussão geral e súmula vinculante – necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Aspectos destacados da reclamação no novo código de processo civil*. Revista de Processo. v. 247. São Paulo: Editora RT, setembro, 2015. p. 299-318.

OTEIZA, Eduardo. *La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidade x officio*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PANUTO, Peter. *A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC*. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: Editora RT, abril, 2015. p. 357-388.

PAULINO, Maria Ângela Lopes. *A teoria das relações na compreensão do direito positivo*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.
- RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. Acesso em 28.01.2019.
- RODOVALHO, Thiago. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, Mutaçao Constitucional e Modulação de Efeitos*. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: Editora RT, abril, 2015. p. 391-422.
- RODRIGUES, Daniele Souto. *Constructivismo lógico-semântico e o processo de positivação no direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- _____. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUZA, Priscila de. *Intertextualidade na linguagem jurídica: conceito, definição e aplicação*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.

- _____ ; ENG, Svein. *Departures from precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- _____. *Institutional factors influencing precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016.
- _____. *A estrutura lógica das normas jurídicas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. *Teoria do fato jurídico e a importância das provas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coordenadores). *Interpreting precedents*. New York e London: Routledge, 2016.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- VILANOVA, Lourival. *Lógica, ciência do direito e direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coordenador). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coordenadores). *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. *Súmula vinculante – necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários aos arts. 966 a 975*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. São Paulo: Saraiva, 2017.