

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Guilherme Paes de Barros Geraldi

Fundamentos para adoção do *stare decisis* em matéria tributária

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2022

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Guilherme Paes de Barros Geraldi

Fundamentos para adoção do *stare decisis* em matéria tributária

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em direito, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa.

**SÃO PAULO
2022**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

e-mail _____

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -Ficha
Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Geraldi, Guilherme Paes de Barros

Fundamentos para adoção do stare decisis em matéria tributária / Guilherme Paes de Barros Geraldi. -- São Paulo: [s.n.], 2022.

214p ; cm.

Orientador: Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa. Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito tributário. 2. Teoria dos Precedentes. 3. stare decisis. 4. segurança jurídica. I. Lisboa, Julcira Maria de Mello Vianna. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

Guilherme Paes de Barros Geraldi

Fundamentos para adoção do *stare decisis* em matéria tributária

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao TSA Advogados, pelo apoio financeiro e não financeiro para a realização do curso de doutorado que culminou nesta tese.

Agradeço à minha orientadora, Prof^a Dr^a Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa, pela orientação dada à elaboração desta tese e por todas as outras oportunidades acadêmicas que me deu desde os anos de graduação.

Agradeço ao Prof. Dr. Renato Lopes Becho que, mesmo não sendo formalmente meu orientador, atuou como tal, exercendo papel fundamental na elaboração desta tese, apontando caminhos, dirimindo dúvidas e corrigindo erros. Agradeço-o também, e agora publicamente, pela ajuda com os artigos publicados.

Agradeço à minha equipe no TSA e, em especial, à minha amiga Eva Alheira. Saber que você estava cuidando de tudo me deu a segurança necessária em todas as vezes em que estive fora para me dedicar a esta tese.

Por fim, agradeço à Juju, pela compreensão e pela companhia e pelo carinho em mais essa etapa. Sei que não foram poucas as manhãs, noites e finais de semana que você perdeu para a tese, para os artigos e para as aulas, mas você sempre esteve comigo, me esperando, incentivando e dando a força necessária para a conclusão deste trabalho. Obrigado pelo apoio agora e sempre.

RESUMO

GERALDI, Guilherme Paes de Barros. *Fundamentos para adoção do stare decisis em matéria tributária*. Tese (Doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

A presente tese buscou encontrar uma solução para o *problema* da fragilização da segurança jurídica no Brasil frente às constantes alterações jurisprudenciais no que concerne ao direito tributário. Para tanto, estabeleceu-se como *hipótese* a possibilidade de que a aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina do *stare decisis*, oriunda dos sistemas jurídicos criados com base na tradição do *common law*, poderia resolver, ou ao menos mitigar o problema da insegurança jurídica em matéria tributária, causada pela instabilidade jurisprudencial. Para trilhar o caminho que parte da hipótese e chega ao teste da tese, analisou-se qual é o conteúdo do princípio da segurança jurídica e como a instabilidade jurisprudencial afasta o direito tributário brasileiro do estado ideal de coisas almejado por este princípio jurídico. Analisou-se também como os ordenamentos jurídicos construídos sob a influência do *common law*, que reconhecem, há muito mais tempo que nós, o papel criativo da jurisprudência, lidam com essa situação das mudanças jurisprudenciais frente ao princípio da segurança jurídica. Uma vez identificados os mecanismos criados pelo *common law* para garantir a segurança jurídica em um ambiente que tem na jurisprudência sua principal fonte do direito, investigamos se tais mecanismos são aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, chegando a uma conclusão afirmativa. Por fim, fez-se o teste da tese, a fim de demonstrar sua utilidade, por meio da análise de situações concretas em que houve alterações jurisprudencial no campo tributário, provando-se que com a aplicação do *stare decisis*, há ganhos em termos de segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito tributário; segurança jurídica; *stare decisis*; jurisprudência.

ABSTRACT

GERALDI, Guilherme Paes de Barros. *Fundamentos para adoção do stare decisis em matéria tributária*. Tese (Doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

This thesis sought to find a solution to the problem of weakening legal certainty in Brazil due to constant jurisprudential changes regarding tax law. In order to do so, it was established as a hypothesis the possibility that the application, in the Brazilian legal system, of the doctrine of stare decisis, arising from the legal systems created based on the common law tradition, could solve, or at least mitigate, the problem of insecurity in tax matters, caused by jurisprudential instability. To follow the path that starts from the hypothesis and arrives at the test of the thesis, it was analyzed what is the content of the principle of legal certainty and how the jurisprudential instability moves Brazilian tax law away from the ideal state of things desired by this legal principle. It was also analyzed how the legal systems built under the influence of the common law, which have recognized, for much longer than we have, the creative role of jurisprudence, deal with this situation of jurisprudential changes in the face of the principle of legal certainty. Once we have identified the mechanisms created by the common law to guarantee legal certainty in an environment that has jurisprudence as its main source of law, we investigate whether such mechanisms are applicable in the Brazilian legal system, reaching an affirmative conclusion. Finally, the thesis test was carried out, in order to demonstrate its usefulness, through the analysis of concrete situations in which there were jurisprudential changes in the tax field, proving that with the application of stare decisis, there are gains in terms of legal certainty.

Keywords: Tax law, legal certainty, *stare decisis*, precedents.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 CONCEPÇÕES BÁSICAS: DIREITO, NORMA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA | 13 |
| 2.1 O deslocamento das linhas da paisagem jurídica | 13 |
| 2.2 Conceitos e premissas essenciais..... | 21 |
| 2.2.1. Texto normativo e norma jurídica | 21 |
| 2.2.2. O papel da interpretação | 23 |
| 2.2.3 O papel da jurisprudência na formação da norma jurídica..... | 25 |
| 3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA ESTRITA..... | 27 |
| 3.1 Considerações iniciais..... | 27 |
| 3.2 O princípio da segurança jurídica..... | 30 |
| 3.2.1 Definição do conceito de segurança jurídica..... | 30 |
| 3.2.1.1 A dimensão estática (cognoscibilidade) | 35 |
| 3.2.1.2 Dimensão dinâmica | 38 |
| 3.2.1.2.1 A confiabilidade (transição do passado para o presente)..... | 39 |
| 3.2.1.2.2 Calculabilidade (transição do presente para o futuro) | 42 |
| 3.2.1.3 Conclusão parcial | 46 |
| 3.3 O papel da lei como elemento atribuidor de segurança jurídica nos sistemas de civil law e o princípio da legalidade tributária estrita | 48 |
| 3.3.1 O civil law e a lei | 48 |
| 3.3.2 O princípio da legalidade e o direito tributário | 51 |
| 3.3.2.1 O princípio da legalidade geral..... | 52 |
| 3.3.2.2. O princípio da legalidade tributária estrita | 53 |
| 3.4 Olhando para a realidade de hoje: a legalidade tributária estrita alcançou seu objetivo de reforçar a segurança jurídica em matéria tributária? | 59 |
| 3.5 Olhando para a realidade de hoje: necessidade de mecanismos que façam a legalidade tributária estrita alcançar seus objetivos | 66 |
| 3.6 Considerações conclusivas do capítulo | 72 |
| 4 SEGURANÇA JURÍDICA NO <i>COMMON LAW</i> (A EXPERIÊNCIA DE QUEM JÁ LEVA EM CONTA O PAPEL CRIATIVO DA JURISPRUDÊNCIA HÁ MUITO TEMPO): A TEORIA DOS PRECEDENTES E O <i>STARE DECISIS</i> | 75 |
| 4.1 O <i>common law</i> e a necessidade de um mecanismo que lhe atribuisse segurança jurídica: a teoria dos precedentes e o <i>stare decisis</i> | 75 |
| 4.1.1 Origem e evolução da teoria dos precedentes: dos <i>law reports</i> ao <i>stare decisis</i> | 75 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.2 Algumas notas sobre a aplicação da teoria dos precedentes e da doutrina do <i>stare decisis: ratio decidendi, obiter dicta, applying e distinguishing</i> | 83 |
| 4.2 Teoria dos precedentes, direito e sociedade: a necessidade de flexibilização do <i>stare decisis</i> | 88 |
| 4.2.1 A crise do <i>stare decisis</i> | 88 |
| 4.2.2 Como e quando um precedente pode ser superado no <i>common law</i> ?..... | 93 |
| 4.2.2.1 Breves considerações iniciais | 93 |
| 4.2.2.2 Decisões por descuido (<i>per incuriam</i>) | 94 |
| 4.2.2.3 A superação de precedentes (<i>overruling</i>) | 97 |
| 4.3 Considerações conclusivas do capítulo | 106 |
| 5 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO/ADOÇÃO DA VERSÃO MODERADA DO STARE DECISIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO | 110 |
| 5.1 Considerações iniciais | 110 |
| 5.2 A aplicação do <i>stare decisis</i> pelo STF e pelo STJ | 111 |
| 5.2.1. O <i>stare decisis</i> no STJ..... | 111 |
| 5.2.2 O <i>stare decisis</i> no STF | 115 |
| 5.2.3 Conclusão parcial quanto à visão do STJ e do STF sobre o <i>stare decisis</i> | 128 |
| 5.3 Os fundamentos para a aplicação do <i>stare decisis</i> no Brasil | 130 |
| 5.3.1 O <i>stare decisis</i> e a dimensão estática do princípio da segurança jurídica: o <i>stare decisis</i> e a cognoscibilidade do direito | 131 |
| 5.3.1.1. O <i>stare decisis</i> e a cognoscibilidade da norma jurídica | 131 |
| 5.3.1.2. O <i>stare decisis</i> e a cognoscibilidade do ordenamento jurídico | 134 |
| 5.3.2 O <i>stare decisis</i> e a dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica: o <i>stare decisis</i> , a confiabilidade e a calculabilidade do direito..... | 137 |
| 5.3.2.1 O <i>stare decisis</i> e a confiabilidade do direito | 138 |
| 5.3.2.2 O <i>stare decisis</i> e a calculabilidade do direito..... | 140 |
| 5.3.2.2.1 O <i>stare decisis</i> , a calculabilidade e a vinculatividade do direito | 141 |
| 5.3.2.2.1.1 O <i>stare decisis</i> e as limitações formais e materiais do Poder Judiciário | 141 |
| 5.3.2.2.1.2 O <i>stare decisis</i> e a proibição de arbitrariedades pelo Poder Judiciário | 146 |
| 5.3.2.2.2 O <i>stare decisis</i> , a calculabilidade, a anterioridade e a continuidade do direito | 148 |
| 5.4 Considerações conclusivas do capítulo | 152 |
| 6 COLOCANDO A TESE À PROVA: ANÁLISE DE CASOS EM QUE HOUVE MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL | 157 |

| | |
|--|------------|
| 6.1 Considerações iniciais..... | 157 |
| 6.2 Análise de casos concretos em que houve mudança de jurisprudência | 158 |
| 6.2.1 <i>A progressividade em impostos reais</i> | 158 |
| 6.2.1.1 A formação da jurisprudência..... | 159 |
| 6.2.1.2 A mudança da jurisprudência | 164 |
| 6.2.1.3 Análise da mudança jurisprudencial..... | 176 |
| 6.2.2. Tributação de programas de computador (ICMS x ISS) | 179 |
| 6.2.2.1 A formação da jurisprudência..... | 180 |
| 6.2.2.2 A mudança da jurisprudência | 182 |
| 6.2.2.3 Análise da mudança jurisprudencial..... | 194 |
| 6.3 Considerações conclusivas do capítulo | 198 |
| 7 CONCLUSÕES..... | 201 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 204 |

1 INTRODUÇÃO

Elaborar uma tese jurídica como requisito para a obtenção de título de doutoramento é tarefa complexa. Para tanto, é necessário identificar um problema, formular uma hipótese que o solucione e que possa ser testada, com a demonstração de sua aplicabilidade e utilidade, atendendo-se ao requisito da novidade.

O problema escolhido para o desenvolvimento desta tese é a fragilização da segurança jurídica no Brasil frente às constantes alterações jurisprudenciais no que concerne ao direito tributário. Desde o início de nossa, ainda curta, vida no mundo do direito, já presenciamos mudanças quanto à contagem do prazo de decadência dos tributos sujeito a lançamento por homologação, quanto ao termo interruptivo da prescrição em execuções fiscais, quanto à prescrição intercorrente também em execuções fiscais, quanto à incidência de IPI na importação realizada por pessoa física, quanto à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, quanto à possibilidade de instituição de alíquotas progressivas em tributos de natureza real, quanto à tributação, pelo ISS ou pelo ICMS, das operações de comercialização de programas de computador padronizados etc.

Quando iniciamos as pesquisas para o presente trabalho, chamou-nos a atenção o fato de, em todo o seu curso, o texto constitucional de 1988 não mencionar o termo “segurança jurídica”, mas utilizar o termo “insegurança jurídica”, no art. 103-A, § 1º, que instituiu as súmulas vinculantes como instrumento para resolver “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”. Esse é um sinal claro de que vivemos um tempo de insegurança jurídica causada, especialmente, pelas oscilações da jurisprudência. E mais do que isso, a introdução do art. 103-A, § 1º na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é um sinal claro de que nosso texto magno preza pela segurança jurídica e considera que ela é um valor que deve ser preservado.

Diante da impressão de que a Constituição Federal de 1988 se importa com a segurança jurídica, formulamos a hipótese inicial deste trabalho, de que deve existir algum meio jurídico para controlar as alterações jurisprudenciais, especialmente, em matéria tributária, área em que, em nossa visão, o constituinte quis atribuir grau máximo de segurança jurídica ao contribuinte, instituindo, no art. 150, I, o princípio da legalidade tributária estrita.

Com efeito, fomos buscar nos sistemas jurídicos estrangeiros, que se desenvolveram com base no *common law* – que têm na jurisprudência sua principal fonte do direito –, soluções para esse problema. Buscamos, assim, com essa pesquisa, verificar como os sistemas

desenvolvidos com base no *common law* lidam com a questão da segurança jurídica. Essa pesquisa nos colocou em frente à teoria dos precedentes e à doutrina do *stare decisis*, a ela inerente. A primeira estuda, entre outras questões, o que são precedentes, quando estes devem e não devem ser aplicados. Por sua vez, a doutrina do *stare decisis* determina que um precedente deve ser aplicado salvo se houver uma razão muito forte para que isso não seja feito.

Considerando o problema apresentado, estabelecemos a *hipótese* específica deste trabalho, de que a aplicação da doutrina do *stare decisis*, no Brasil, poderia resolver, ou ao menos mitigar o problema da insegurança jurídica em matéria tributária, causada pela instabilidade jurisprudencial.

Para trilhar o caminho que parte da hipótese e chega ao teste da tese, serão apresentadas, no Capítulo 2, algumas premissas básicas essenciais ao desenvolvimento de nosso trabalho. Nele, serão apresentadas algumas considerações de cunho zetético, a fim de expor a nossa opinião quanto à incompletude das teorias positivistas, que ainda são preponderantes no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, ainda no Capítulo 2, a fim de fixar as premissas mais básicas desta tese, apresentaremos qual é a nossa concepção de norma jurídica e as suas diferenças para o texto normativo, bem como o papel da interpretação jurídica e da jurisprudência no cenário jurídico atual.

Fixadas as premissas mais básicas a respeito do conceito de norma jurídica e do papel que a interpretação jurídica e a jurisprudência ocupam no direito brasileiro contemporâneo, passaremos a apresentar, efetivamente, os argumentos que sustentam a hipótese proposta para a solução do problema da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária e os malefícios que isso gera em termos de segurança jurídica. Para tanto, no Capítulo 3, exploraremos os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade tributária estrita, bem como a relação destes com a jurisprudência no atual cenário brasileiro.

No Capítulo 4, buscaremos analisar como os ordenamentos jurídicos construídos sob a influência do *common law*, que reconhecem, há muito mais tempo que nós, o papel criativo da jurisprudência, lidam com essa situação das mudanças jurisprudenciais frente ao princípio da segurança jurídica. Neste capítulo, focaremos nossa análise no direito inglês, berço do *common law*. Sem prejuízo disso, analisaremos também a opinião de autores norte-americanos e de outras nacionalidades sobre institutos típicos daquele sistema jurídico, além de autores brasileiros estudiosos do *common law*.

Uma vez identificados os mecanismos criados pelo *common law* para garantir a segurança jurídica em um ambiente que tem na jurisprudência sua principal fonte do direito, utilizaremos o capítulo 5 para investigar se tais mecanismos são aplicáveis no ordenamento

jurídico brasileiro. Entendemos que esse é o ponto central da presente tese, visto que a importação de institutos do direito estrangeiro só pode acontecer se for feito de forma absolutamente criteriosa, ainda mais em se tratando de direito tributário, que está regulado de forma pormenorizada na Constituição Federal de 1988.

Por fim, no Capítulo 6, colocaremos todas as conclusões advindas dos capítulos anteriores à prova, a fim de verificar sua *utilidade*.

Espera-se que as conclusões das análises que ora se propõem confirmem a hipótese inicialmente elaborada, de que a aplicação da doutrina do *stare decisis* no Brasil poderia resolver, ou ao menos mitigar o problema da insegurança jurídica em matéria tributária, causada pela instabilidade jurisprudencial.

2 CONCEPÇÕES BÁSICAS: DIREITO, NORMA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA

2.1 O deslocamento das linhas da paisagem jurídica

A teoria do direito está em constante evolução e seus estudiosos sempre buscaram compreender, teorizar e explicar o fenômeno jurídico.

A análise da história do desenvolvimento do direito e das teorias que buscam compreendê-lo mostra que há momentos em que se criam teorias aparentemente satisfatórias, teorias que parecem explicar o fenômeno jurídico com cientificidade e precisão e, por isso, são amplamente aceitas pela comunidade acadêmica. No entanto, o fato é que, muitas vezes, com o passar do tempo, essas teorias acabam se mostrando incompletas. Em alguns casos, percebe-se que elas não são capazes de explicar determinados fenômenos jurídicos, em outros, a própria realidade muda, exigindo explicações que não são fornecidas pela teoria dominante. Tanto a primeira como a segunda situação obrigam os estudiosos a adaptarem as antigas teorias, fazendo-as evoluir, ou, então, a criar teorias novas, que expliquem o fenômeno jurídico da maneira mais completa possível.

A sociedade atual passa por um momento em que as teorias do direito que tinham ampla aceitação no modelo jurídico continental europeu – dentre as quais se destaca o positivismo jurídico, com a ideia de que o direito forma um verdadeiro sistema, norteado por princípios de coerência, hierarquia e não contradição –, não estão mais sendo capazes de explicar o fenômeno jurídico. A tomada de decisões em casos complexos, como aqueles que envolvem a manipulação de embriões, o aborto e o casamento de pessoas do mesmo sexo, funcionam como catalizadores dessas evoluções na teoria geral do direito, já que permitem aos estudiosos perceber a incapacidade das teorias atuais de explicar os fenômenos jurídicos e a forma de aplicação do direito.

Nos séculos XVII e XVIII, dois grandes eventos históricos influenciaram de forma bastante considerável o desenvolvimento das teorias do direito que tiveram maior aceitação na Europa continental até meados do século XX. O primeiro deles foi o iluminismo, que, em especial, por meio do empirismo e do racionalismo, alterou a forma de se pensar e de se fazer ciência. Nesse sentido, a ciência passou a ser vista como caminho para a dominação da natureza, baseada na compreensão dos eventos, dos fenômenos e na *redução da sua complexidade* a regras lógicas. O segundo evento foram as grandes revoluções liberais do século XVIII, que tiveram como objetivo primordial romper a ordem até então vigente, pondo fim ao absolutismo

e aos privilégios da nobreza. Para que a nova ordem que se formava tivesse sustentação, a ideia de que o poder real tinha origem divina havia de ser suplantada.¹

Para tanto, as teorias do direito passaram a considerar que o direito era o posto pelo parlamento e apenas ele. Assim, a fonte do direito deixava de ser a vontade do soberano, a vontade divina e até mesmo a razão humana, e passava a ser a vontade do parlamento. Essa concepção sobre o direito encontrou, no ambiente da Revolução Francesa, a teoria da tripartição das funções estatais, de Montesquieu, e a visão de Rousseau, no sentido de que a lei deveria ser a expressão da vontade do povo francês, tornando-se, ao longo dos séculos seguintes, preponderante na Europa continental.²

O positivismo jurídico considera que o direito é um sistema, composto pelas normas em vigor (seus elementos), organizadas por regras gerais (de hierarquia, completude e não contradição). Assim, para o positivismo, uma norma sempre terá que buscar seu fundamento de validade em outra norma, de hierarquia superior. O direito, portanto, seria um sistema fechado, no qual a validade das normas decorreria da obediência *formal* às regras para sua produção, definidas em uma norma de hierarquia superior.³

Durante o século XIX, o positivismo tornou-se a teoria jurídica dominante na Europa continental e em suas colônias espalhadas pelo mundo, incluindo o Brasil.⁴

Vale dizer, no entanto, que apesar de ter sido aceita ao longo dos últimos séculos, a teoria positivista não tem conseguido explicar alguns fenômenos jurídicos contemporâneos. Vale citar, por exemplo, os julgamentos realizados pelo Tribunal de Nuremberg. Nesses julgamentos, realizados a partir de 1949, o legislador e os juízes tiveram que selecionar, pelo critério de *justiça* – e não pelo critério de *validade*, como seria próprio do positivismo jurídico – as leis do período do III Reich (1933 a 1945) que poderiam ser aplicadas aos casos em julgamento. Ou seja, não se consideraram válidas as normas formalmente vigentes no período, mas as normas consideradas justas pelo próprio tribunal.⁵

Mas não são somente os casos extremos e isolados, como os julgados pelo Tribunal de Nuremberg, que não são mais explicados pela ideia de sistema jurídico teorizado pelo positivismo. O direito, de um modo geral, não é mais explicado por essa ideia. Essa situação é

¹ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 173-179.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 3.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, 1989. *Passim*.

⁴ MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 61.

⁵ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

muito bem explicada por Mirielle Delmas-Marty, que faz um retrato da “paisagem jurídica” contemporânea e constata o “deslocamento das linhas” dessa paisagem.⁶

Em primeiro lugar, a autora destaca que, nesse novo cenário, as fontes de direito não são apenas as estatais. Há uma profusão, cada vez maior, de normas produzidas por entidades privadas (ABNT, ISO) e internacionais (OCDE, ONU, Mercosul). Há, portanto, movimentos concomitantes de internacionalização, descentralização e privatização das fontes do direito. Além disso, as normas expedidas por cada uma dessas fontes se relacionam, dialogando e influenciando umas às outras sem uma hierarquia clara predefinida. Diante da inexistência de hierarquia entre eles, a relação entre os diferentes ordenamentos acontece por meio de um “jogo de referências cruzadas”, em que um dos ordenamentos observa o outro sem um centro, um topo ou um princípio fundador. A hierarquia será alternativa, na medida em que haverá a primazia de um e, depois, de outro, *a depender do caso concreto sob análise*.⁷

Delmas-Marty nota também a existência de ordens em que as normas de nível inferior têm participação na determinação do conteúdo das normas de hierarquia superior. Entre as normas constitucionais nacionais e ao direito comunitário europeu, a ideia de hierarquia não está excluída, em razão da primazia do direito comunitário sobre o nacional. No entanto, a ordem jurídica comunitária leva em conta tradições nacionais e se refere a elas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias extrai das tradições constitucionais certos princípios constitucionais. Ou seja, a direito europeu se utiliza de princípios que não estão prescritos nas normas desse sistema, mas apenas nos sistemas internos dos países da Europa. Assim, pelo estabelecimento de hierarquias que se alternam e por hierarquias que podem se inverter, o relacionamento entre os sistemas tem que ser visto de forma contingente. A paisagem que a autora enxerga, portanto é de “pirâmides inacabadas, descontínuas, por estranhos anéis normativos como uma guirlanda com uma série de ramos ou rizomas”.⁸

Desse modo, ao se analisar a realidade atual, percebe-se a existência (i) de uma pluralidade de fontes que se inter-relacionam sem regras claras de hierarquia; (ii) a mitigação dos princípios hierárquicos intra e inter ordenamentos; e (iii) a necessidade de inter-relacionamento entre o direito e outras áreas do conhecimento humano. Em razão disso, a ideia do direito como conjunto fechado de normas válidas organizadas por uma regra de hierarquia

⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-119

⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-97

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-119

se mostra uma teoria insatisfatória para explicar a complexidade dos movimentos jurídicos atuais, já que não retratam mais a realidade.

Além disso, os dualismos criados por essa teoria (entre o ser e o dever-ser, entre o direito e as outras ciências humanas etc.) também não condizem com a realidade vivenciada atualmente. Negar que a política, a moral, a economia e os outros campos do saber humano exercem influência na tomada de decisões jurídicas é negar a própria realidade. Um exemplo claro dessa situação foi o julgamento da ADPF nº 132/RJ, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico.⁹

No julgamento em questão, estava em jogo a constitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “é reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O fundamento do pedido foi a inconstitucionalidade da diferenciação entre casais homoafetivos e heteroafetivos. Um dado importante para o julgamento é que o referido dispositivo do Código Civil reproduz a norma disposta no art. 226, § 3º da Constituição Federal, segundo o qual: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Ora, seguindo os princípios do positivismo, certamente, seria impossível declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, já que ele praticamente reproduz o conteúdo do art. 226, § 3º da Constituição Federal e, naturalmente, o STF não poderia declarar a constituição inconstitucional. Seguindo o rito do sistema jurídico teorizado pelo positivismo, o caminho não seria o Judiciário, mas o Legislativo, isto é, a provocação do Poder Legislativo para que este promovesse uma emenda constitucional tendente a alterar o conteúdo do dispositivo constitucional em questão.

No entanto, a ADPF foi julgada procedente *por unanimidade*, reconhecendo-se o direito dos casais homoafetivos de constituírem um núcleo familiar, tal qual o fazem os casais heteroafetivos. As justificativas para o julgamento procedente foram duas. A primeira, constante do acórdão e esposada pela maioria dos ministros, foi a de que ao mencionar “o homem e a mulher”, a Constituição estava apenas igualando os direitos de homens e mulheres, e não negando o direito dos casais homoafetivos constituírem núcleos familiares. A segunda justificativa, adotada pela minoria dos ministros, foi a de que a Constituição Federal previu

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132*. Relator Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 fev. 2022.

apenas três tipos de famílias: *a)* as constituídas pelo casamento; *b)* as configuradas pela união estável entre homem e mulher; e *c)* as monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes. Desse modo, as famílias constituídas por casais homoafetivos seriam uma situação não regulada pelo sistema jurídico e, portanto, uma lacuna que precisava ser preenchida por meio da analogia.

Diante dessa situação, questiona-se: o STF errou em sua decisão? Parece-nos que não. De fato, não há um critério de *discrímen* justo para diferenciar casais homoafetivos dos casais heteroafetivos no que tange ao direito de constituir uma família. No entanto, para o positivismo, a justiça não deveria se sobrepor aos aspectos formais do sistema jurídico.

A respeito desse assunto, parece-nos pertinentes as palavras de Andrés Ollero Tassara, para quem “*todos sabem que o problema do direito é o problema da força que está por trás do poder político e da interpretação*”¹⁰. Isto é, a decisão tomada pelo STF não seu deu por conta do sistema jurídico e de suas regras ou de uma “interpretação sistemática” do problema. Dependeu da vontade da maioria do tribunal constitucional e, naturalmente dos grupos de pressão atuantes sobre eles.

Outras situações como essa, analisadas pela corte constitucional da Espanha, são descritas por Ollero, tais como as questões envolvendo genética e bioética (manipulação de embriões e o direito à vida), as questões relativas ao aborto e os direitos do nascituro e também nas questões envolvendo as relações homoafetivas. Conforme o autor, em todas essas decisões, questões extrajurídicas postas por grupos de pressão, como as igrejas e os laboratórios farmacêuticos, têm peso para as decisões¹¹.

Pensando na realidade tributária brasileira, Renato Lopes Becho já evidenciou decisões das cortes superiores pautadas no direito natural. Como explica o autor, no REsp 1.120.295/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizou um fundamento puramente de direito natural para definir o termo interruptivo da prescrição para a cobrança do crédito tributário. Ou seja, num ramo jurídico que deveria ser guiado pela legalidade estrita, o STJ decidiu afastar a aplicação da lei – que estipulava que a prescrição se interrompia com o despacho do juiz que determinasse a citação –, pois esse termo não seria *justo*.¹²

¹⁰ TASSARA, Andrés Ollero. *Genética, el individuo y la familia*, 3ª Conferência Quadrilateral, Lisboa.

¹¹ TASSARA, Andrés Ollero. *Genética, el individuo y la familia*, 3ª Conferência Quadrilateral, Lisboa.

¹² BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 116-131.

Essas situações mostram que o direito não é um sistema total e verdadeiramente fechado, nem pode ter suas complexidades reduzidas a regras lógicas, como pretendia o positivismo. Nesse sentido, Márcio Pugliesi afirma que:

A grande questão a que se põe, na verdade, é a de que o ordenamento como um todo, incluindo-se a Constituição, consiste em um texto que é, apenas, um dos fatores atuantes sobre a decisão de um determinado conflito. [...] Mas, o mais fundamental será constatar que as decisões particulares, as normas individuais aplicadas à decisão do caso, deverão ser construídas à luz de uma ética do discurso e à ponderação dos efetivos valores presentes envolvidos no conflito em análise.¹³

Vale dizer que, no Brasil e nos países de tradição romano-germânica em geral, os manuais utilizados nos bancos universitários responderiam que ao interpretar a lei, o operador do direito busca conhecer, fixar o seu sentido e seu alcance.¹⁴ Nesse sentido, Pugliesi afirma que a interpretação, sempre esteve ligada ao estudo dos problemas relacionados ao significado, à intenção do legislador e à correção de anacronismos. Vale dizer, assim, que a interpretação jurídica teria por finalidade conhecer seu objeto de estudo, observando-o, tentando entender suas propriedades e traduzi-las em uma linguagem compreensível ao homem.¹⁵

No entanto, é certo que outra corrente, em geral, ligada à tradição da *common-law* e ao realismo jurídico, considera que a interpretação jurídica não está ligada tanto ao conhecimento da essência da norma jurídica – ao menos, não somente a ela – mas sim à forma como ela deve ser aplicada para se obter um determinado resultado. Isto é, a interpretação jurídica não busca saber somente o que o legislador quis dizer, mas como as pessoas devem se comportar perante aquela norma. Ou seja, quais os efeitos práticos daquela determinada norma diante de um contexto determinado¹⁶.

¹³ PUGLIESI, Márcio, *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227.

¹⁴ Nesse sentido, por exemplo, Rizzatto Nunes afirma que: “A doutrina corrente diz que interpretar significa fixar o sentido de alguma coisa. Quem interpreta busca captar do objeto da interpretação sua essência e colocá-la de forma traduzida como um novo plano de entendimento. Em outras palavras, interpretar é extrair do objeto tudo aquilo que ele tem de essencial. Quando se fala em interpretar a norma jurídica, vale a mesma afirmação de ‘fixação de sentido’ e deve ser acrescida a ‘fixação do alcance’ da norma jurídica, isto é, quando o objeto de interpretação é a norma jurídica, é preciso, além do sentido, fixar seu alcance, de modo que se deixe patente a que situações ou pessoas a norma jurídica interpretada se aplica”. (NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 245-246.

¹⁵ PUGLIESI, Márcio. Aquisição de sentido: questões de hermenêutica. *Revista do TRF3*. São Paulo, n. 118, p. 45-66, jul./set. 2013. p. 46.

¹⁶ “Aquel que interpreta un texto legislativo (en sentido amplo), quiere llegar a saber em último término no solamente lo que el autor de esse texto há dicho o querido decir (si es que esto puede llegar a saberse), sino cómo debe comportarse uno mismo o cómo debe comportarse aquél a quien enseña (en el caso del profesor de derecho) o aconseja (em el caso del abogado)” (KALINOWSKI, Georges. *Filosofia y lógica de la interpretación en derecho*, trad. Carlos Massini et al. Buenos Aires: Ablero-Perrot, 1982, p. 110 apud MASSINI, Carlos. *La interpretación jurídica como interpretación práctica. Persona y Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, n. 52, p. 413-443, jan./jun. 2005. p. 413-414.

Como apontado por Pugliesi, a primeira destas duas concepções conduz à ideia de que existiria uma “interpretação correta”, ignorando o fato de que o intérprete não é um sujeito transcendental, que não deixa seus próprios preconceitos influenciarem sua leitura acerca do objeto estudado. Mas esse sujeito transcendental não existe, ainda mais quando o objeto da interpretação é algo como o Direito, que sempre colocará o intérprete diante de um *problema real a ser resolvido*, obrigando-o a encontrar não a interpretação correta, mas aquela mais adequada à solução daquele determinado problema. É por esse motivo que Pugliesi afirma que a interpretação jurídica é uma questão mais ligada à prudência do que à epistemologia.¹⁷

Ao analisar o tema da interpretação e da lógica jurídica, Carlos Massini parte do pressuposto de que existem conhecimentos de ordem teórica, em geral, ligados às ciências naturais, que são apreensíveis pela *explicação* de suas relações de causa e efeito, e conhecimentos de ordem prática, em geral, ligados às ciências humanas, apreensíveis pela *compreensão* dos signos, das intenções e propósitos do agente e das instituições sociais.¹⁸

Dito de outro modo, é possível afirmar que a explicação é ligada a uma razão teórica, que pode ser definida como aquela que se destina tão somente a conhecer seu objeto de estudo sem nele interferir, como é o caso das ciências físicas ou matemáticas. Em outro giro, a razão prática pode ser definida como aquela destinada a orientar a ação humana sobre o objeto de estudo, causando nele efeitos práticos sensíveis.

É importante esclarecer que não se está negando a presença da razão teórica na atividade do operador do direito. Entretanto, nessa atividade, nunca será possível dissociar a razão teórica da razão prática, já que os operadores do direito sempre visarão à finalidade de dirigir a conduta humana em função do próprio direito. O advogado, no desempenho de sua atividade, ainda que na condição de consultor, limitando-se a interpretar a lei ou a jurisprudência, em última análise, o faz visando orientar a conduta do seu cliente em um ou em outro sentido. Ou seja, sua atividade não se restringe à interpretação pura da lei – se é que isso seria possível – mas à orientação da conduta. Massini aponta que até mesmo a atuação do professor de direito não se dá no campo da razão pura, mas no da razão prática, tendo em vista que este buscará orientar a conduta daqueles a quem ensina, ainda que essa conduta seja somente a de aprender¹⁹.

¹⁷ PUGLIESI, Marcio. Aquisição de sentido: questões de hermenêutica. *Revista do TRF3*. São Paulo, n. 118, p. 45-66, jul./set. 2013. p. 46-47.

¹⁸ MASSINI, Carlos. La interpretación jurídica como interpretación práctica. *Persona y Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, n. 52, p. 413-443, jan./jun. 2005. p. 417.

¹⁹ MASSINI, Carlos. La interpretación jurídica como interpretación práctica. *Persona y Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, n. 52, p. 413-443, jan./jun. 2005. p. 414.

Sendo assim, o que se conclui é que ao se interpretar o direito de forma puramente teórica, estar-se-á ignorando a realidade do direito, que é algo dinâmico e vivo, tornando essa interpretação não só inútil, em algumas situações, como, muitas vezes, equivocada, eis que, conforme consignado por Pugliesi, essa interpretação levará em conta somente um aspecto do direito, que é a norma jurídica dissociada da realidade social em que está inserida.²⁰

Desse modo, a ideia de direito como sistema é muito mais complexa do que a ideia teorizada pelo positivismo jurídico. Se há um sistema, ele certamente não é composto apenas pelo conjunto de normas válidas e não é orientado por uma regra clara de hierarquia. Esse sistema leva em conta aspectos políticos, econômicos, sociais e sofre influência dos mais diversos grupos de pressão. Não há interpretação ou hermenêutica neutra. E não há direito descolado da política.

Sendo assim, é necessário superar a ideia de que o direito é formado apenas pelas regras jurídicas, organizadas em forma de sistema fechado e regidas pelas regras de hierarquia, coerência e não contradição, e se aproximar de teorias que tentem a compreender o direito a partir de uma lógica prática, como parte integrante do sistema político e econômico que regem a sociedade. Qualquer teoria que negue essa situação está negando a própria realidade.

Essas, contudo, são questões zetéticas, e não dogmáticas, que, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, não se fecham e, assim, “nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos”, que acabariam por extrapolar o objeto desta tese.²¹ Dessa forma, a despeito do fato de que as premissas do pensamento positivista não são mais integralmente adequadas e suficientes à explicação do fenômeno jurídico contemporâneo, adotamos como uma premissa verdadeira para esta tese o fato de que ainda que: (i) os princípios da hierarquia e da não contradição não rejam mais de forma absoluta o direito contemporâneo; (ii) a lei não represente mais o direito em sua totalidade; e (iii) existam freios de cunho axiológico norteando sua aplicação, o direito continua dependente de um suporte comunicativo introduzido por uma autoridade detentora de poder, seja ele o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, um ente privado ou supraestatal.

Além dessa premissa, essa nova paisagem jurídica exige a definição de algumas outras que entendemos ser essenciais à elaboração desta tese, o que será feito a seguir.

²⁰ PUGLIESI, Marcio. Aquisição de sentido: questões de hermenêutica. *Revista do TRF3*. São Paulo, n. 118, p. 45-66, jul./set. 2013. p. 52.

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 72.

2.2 Conceitos e premissas essenciais

2.2.1. Texto normativo e norma jurídica

Em função do deslocamento das linhas da paisagem jurídica, exposto no item antecedente, uma questão que se tornou fundamental para o desenvolvimento da presente tese é a diferença entre lei e norma, ou ainda, em termos mais precisos, entre texto normativo e norma jurídica.

Definir o conceito de “norma jurídica” não é tarefa fácil. Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta que, só no âmbito sociológico, é possível encontrar 82 definições diferentes para o termo “norma”.²²

Como exposto no item antecedente, o positivismo jurídico tornou-se a teoria jurídica preponderante na Europa continental entre o final do século XVIII e a metade do século XX. Na condição de colônia portuguesa, a tradição jurídica brasileira desenvolveu-se nas bases dessa teoria jurídica.

Como também foi exposto no item antecedente, uma das características essenciais do positivismo jurídico é considerar a lei (ou o Poder Legislativo) como a fonte do direito por excelência. A Revolução Francesa buscou inaugurar uma ordem completamente nova, rompendo com o antigo regime. Sendo a lei a expressão da vontade do povo, qualquer tentativa de interpretação desta passou a ser vista como uma tentativa de deturpação da decisão tomada pelo parlamento enquanto representante do povo. Com efeito, ao promulgar do Código Napoleônico (1804), a intenção do legislador francês era estabelecer um sistema jurídico tão claro e preciso que o cidadão comum poderia compreendê-lo sem a intervenção de um advogado ou do Poder Judiciário.²³

A esse respeito, Tercio Sampaio Ferraz explica que nos anos imediatamente seguintes à Revolução Francesa, existia enorme desconfiança em relação à atuação do Poder Judiciário. Um verdadeiro ranço da atuação desse poder no período anterior à revolução. Em razão disso,

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 32. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597008418/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/34/1:3%5BF43%2C6t%5D>. Acesso em: 11 dez. 2022.

²³ MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 57-59.

passou-se a identificar norma jurídica como a lei e a decisão judicial como uma simples derivação lógica dela “donde seu caráter normativo ser apenas derivado e não autônomo”.²⁴

Não é essa, contudo, a concepção de norma jurídica que se adota para a presente tese. Consideramos que *texto normativo e norma jurídica são coisas distintas*, sendo a norma jurídica o juízo hipotético condicional cogente, resultante de um processo interpretativo, que tem o texto normativo como seu ponto de partida.

Essa diferenciação entre texto normativo e norma jurídica é bem trabalhada por Paulo de Barros Carvalho, segundo o qual “a norma jurídica é a significação que obtermos a partir da leitura dos textos do direito positivo”. As leis – e os demais textos normativos – são, assim, o “suporte físico” do qual o operador do direito deve partir para construir esse juízo hipotético-condicional. O autor relembra ainda, que em muitas situações, a construção da norma não dependerá de apenas um texto normativo. Na realidade, a boa construção normativa deve levar em conta mais de um texto normativo. Eis que a interpretação que guia o operador do direito deve, necessariamente, levar em conta os preceitos constitucionais.²⁵

No mesmo sentido são as lições de Renato Lopes Becho, para quem as normas jurídicas são identificadas *a partir de* textos legais, comandos verbalizados por uma autoridade, sinais sonoros, luminosos, gráficos etc. (como são exemplos o apito de um agente de trânsito ou um semáforo). Depois de interpretados, esses sinais comunicacionais são transformados em comandos que obrigam, permitem ou proíbem determinada conduta.²⁶

Entende-se, para os fins desta tese, com Tercio Sampaio Ferraz, que as normas jurídicas são discursos por meio dos quais alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo que tipo de relação há entre quem fala e quem ouve. Esse discurso, se analisado deonticamente, implicará em um comando que obrigará, proibirá ou permitirá o destinatário do discurso a algo.²⁷

Esse descolamento entre a noção de texto normativo e norma jurídica, contudo, torna mais complexo o labor do operador do direito e eleva a interpretação a um papel central na ciência jurídica.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 91.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-42.

²⁶ BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 143.

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 47-58. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597008418/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/34/1:3%5BF43%2C6t%5D>. Acesso em: 11 dez. 2022.

2.2.2. O papel da interpretação

Como exposto para os fins pretendidos por esta tese, considera-se que texto normativo e norma jurídica não se confundem. O texto normativo é o suporte físico que contém a mensagem ou o discurso que o emissor da norma deseja transmitir para obrigar, proibir ou permitir algo a alguém. A norma jurídica, portanto, é justamente a mensagem que se quer transmitir.

Ainda que o código de transmissão dessa mensagem possa não ser verbal – como no caso do apito do agente de trânsito ou do semáforo luminoso – em geral, ele o é. Mais especificamente, não só as normas jurídicas em geral são transmitidas por meio de uma linguagem verbal – a língua – mas também por meio da língua em sua forma escrita, ou seja, por meio de textos.²⁸

A conversão do direito em texto implica a codificação da mensagem (norma jurídica) em linguagem escrita. Para tomar contato com o conteúdo dessa forma, o destinatário deve realizar sua decodificação. O instrumento colocado à disposição do destinatário para decodificar a mensagem e compreender a norma é o processo de interpretação. Assim, interpretar juridicamente “é decodificar conforme as regras em uso”.²⁹

O problema que exsurge dessa circunstância de as normas jurídicas serem codificadas em texto, transmitidas e decodificadas pelo receptor, é que, por mais técnica que seja, a linguagem utilizada na codificação sempre guardará algum grau de ambiguidade e indeterminação, inerentes à língua. Desse modo, nem sempre a mensagem que o emissor quis transmitir é a mensagem recebida pelo receptor. De igual maneira, nada impede que dois receptores interpretem o texto de maneiras diferentes, o que implica na recepção de mensagens diferentes por esses dois receptores.³⁰

Essa circunstância de as mensagens – isto é, as normas jurídicas – poderem ser interpretadas de maneiras diferentes por pessoas diferentes, revela a importância da interpretação para o direito. Vale dizer que em sua Teoria Pura, depois de enfrentar o problema de como estabelecer os parâmetros para uma ciência do direito enquanto teoria sistemática das normas, Kelsen reconhece que a vagueza e a indeterminação da linguagem demandam tanto do

²⁸ Paulo de Barros Carvalho define *língua* como um sistema de linguagem verbal, ao passo que a *linguagem* abrange não somente as formas verbais de comunicação, mas aquelas não verbais (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141).

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 218.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 215.

aplicador como do destinatário das normas jurídicas, um exercício interpretativo, tendente à compreensão e determinação do sentido das normas jurídicas.³¹

Fato interessante é que Kelsen destaca que em algumas situações, a indeterminação normativa é intencional – quando, por exemplo, quer-se atribuir um poder decisório maior à autoridade aplicadora da lei – e, em outras, a indeterminação não é intencional. A segunda situação, que nas palavras do autor decorrem da “pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime”, é a que mais interessa para a presente tese.³²

Ainda sobre a questão da interpretação, Kelsen afirma que tanto nos casos de indeterminação intencional como de indeterminação não intencional, o texto normativo delimita uma moldura dentro da qual poder-se-á encontrar as interpretações possíveis para a construção da norma jurídica. Afirma o autor, assim, que, em todos os casos de indeterminação normativa não haverá uma resposta – ou interpretação – correta ao conteúdo da norma, mas sim algumas interpretações possíveis, delineadas por essa moldura. Caberá ao órgão competente fazer uma *escolha* entre essas interpretações possíveis, tornando-a direito positivo por meio do ato de aplicação.³³

Por fim, Kelsen afirma que essa escolha por um dos significados possíveis da norma *não é um ato de conhecimento, mas um puro ato de vontade*. Em razão disso, a escolha entre os sentidos possíveis da norma não seria um problema jurídico – e, assim, controlável pelo direito –, mas um problema “de política do direito”.³⁴

Essa afirmação de que a interpretação implica em um ato de pura vontade, e não de conhecimento, acabou se tornando uma das principais críticas à teoria kelseniana, mas também um dos principais incentivos aos teóricos que o sucederam.³⁵ Como será explorado de forma mais detida nos Capítulos 3 e 5 desta tese, a teoria da argumentação jurídica (ou dogmática da decisão) tem desenvolvido métodos de controle dessa “escolha” realizada pelo aplicador do direito.³⁶

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-388.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388-389.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390-391.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390-391.

³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 215.

³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 274-315.

Vale adiantar, no entanto, que aos controles semânticos adicionaram-se controles argumentativos. A teoria da argumentação exige a justificação racional da resposta como requisito para sua legitimidade. A fundamentação torna-se, assim, o meio para o controle da arbitrariedade decisória. O que era um ato de vontade estranho ao direito passa a ser um ato jurídico, controlável pelo direito.³⁷

Com esses novos métodos argumentativos de controle da arbitrariedade decisória, o processo torna-se, na realidade contemporânea, protagonista do direito. É no curso do processo que o controle racional dos argumentos das partes envolvidas no fenômeno jurídico será feito. É no processo que estas poderão construir um discurso racional capaz de garantir acesso às razões que motivaram a construção normativa e fática que fizeram, permitindo que sejam avaliadas e confirmadas ou infirmadas também por meio da utilização de discurso racional.³⁸

Ao se tornar protagonista no direito contemporâneo, o processo leva consigo a jurisprudência ao protagonismo. Se é no processo que o conteúdo da norma será construído a partir dos textos normativos, são as decisões judiciais que revelarão o resultado e o caminho tomado por essa construção.

2.2.3 O papel da jurisprudência na formação da norma jurídica

Nessa nova paisagem jurídica, em que, guiados pela teoria da argumentação, o processo e a jurisprudência passaram a ocupar o protagonismo no direito, mesmo nos estados, como o brasileiro, que desenvolveram sua cultura jurídica baseados na tradição da Europa continental – ou seja, no *civil law* – em que prepondera o direito legislado, a jurisprudência passou a exercer um papel fundamental na formação da norma jurídica.

Cientes desses controles argumentativos criados na tentativa de superar o “desafio kelseniano”³⁹, os operadores do direito inseridos nos estados cuja tradição jurídica desenvolveu-se sobre as bases do *civil law* passaram a dar importância maior para a jurisprudência, na medida em que esta revela não só a interpretação autêntica – isto é, dada pelos órgãos competentes – da norma jurídica, como também o caminho percorrido até chegar a ela.

³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 275, 286-287, 294.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 346.

³⁹ Tercio Sampaio Ferraz Junior chama de “desafio kelseniano” a afirmação feita pelo autor austríaco, apresentada no tópico antecedente, de que a escolha entre uma das possibilidades semânticas de um texto normativo seria um ato de vontade e não de conhecimento (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 221).

A importância da jurisprudência para o direito atual é tanta que Renato Becho chega a afirmar que “norma = lei + jurisprudência + interpretação”.⁴⁰

Concordamos com a afirmação do autor. Nota-se que, (i) se as palavras constantes do texto normativo sempre carregam algum grau de indeterminação, não sendo os controles semânticos suficientes para superar o “desafio kelseniano”; e que (ii) os mecanismos teóricos criados para a superação desse desafio são aplicados no curso de um processo; (iii) torna-se necessário que o operador do direito busque na jurisprudência – reveladora do caminho e do resultado do processo – qual foi o conteúdo normativo definido pelo tribunal como o mais adequado para a solução do problema. Caso contrário, o operador – e mesmo o cidadão comum – terá dificuldades em guiar sua conduta.

Esse aumento da importância da jurisprudência no *civil law* revela que há uma aproximação dessa tradição jurídica com o *common law*. Como será apresentado de forma detida adiante, especialmente no Capítulo 4, neste sistema jurídico, a fonte primordial do direito são as decisões judiciais, responsáveis por “revelar” o conteúdo das normas jurídicas oriundas do direito comum, existente desde tempos imemoriais.

Vê-se, assim, que no *common law* as decisões judiciais, tradicionalmente, cumpriram uma missão dúplice. A um só tempo, no *common law*, as decisões judiciais têm a missão de (i) revelar o direito e (ii) aplicá-lo ao caso concreto em julgamento. Por outro giro, no *civil law*, tradicionalmente, as decisões judiciais tinham uma missão mais simples, de tão somente aplicar o direito ao caso concreto. Todavia, com a evolução da teoria do direito, tal qual exposta neste capítulo, as decisões judiciais proferidas no âmbito do *civil law* ganharam a incumbência de também passar a revelar o conteúdo das normas, além de decidir os casos concretos.

Esse aumento do poder exercido pelas decisões judiciais no âmbito do *civil law*, no entanto, implica em maiores responsabilidades ao Poder Judiciário. Se a jurisprudência passa a orientar a conduta e as expectativas normativas do cidadão, ela passa a ter a responsabilidade de garantir que essas expectativas não sejam frustradas de maneira ilegítima, frustrando-se, assim, a segurança jurídica do cidadão que agiu confiando no conteúdo da norma jurídica revelada pela jurisprudência.

Pautada nas premissas fixadas ao longo deste capítulo, a presente tese objetiva encontrar mecanismos para o exercício do controle dessa jurisprudência e, em especial, de suas alterações, a fim de garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica.

⁴⁰ BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA ESTRITA

3.1 Considerações iniciais

Desde tempos imemoriais, a humanidade busca mitigar sensação de insegurança perante a vida. Primeiro, o homem buscou estar seguro contra as ameaças que o meio apresentava. Depois, passou a buscar um estado de tranquilidade emocional frente à realidade e, então, passou a almejar afastar a insegurança de suas relações interpessoais.⁴¹

Nesse contexto, o direito romano já se preocupava com elementos direta ou indiretamente ligados à segurança e à certeza do direito, ainda que em sua forma embrionária.⁴² Mas com o nascimento da concepção moderna de estado, a segurança jurídica passou a ser um ponto de preocupação central do direito. Conforme essa concepção moderna, o Estado seria a consequência da busca dos homens por uma vida feliz e *segura* e a única forma de alcançar esses objetivos seria por meio da abdicação da força e do poder individual de cada um em favor da autoridade de uma pessoa ou assembleia. Essa pessoa ou assembleia passa a ter o poder de editar leis, limitando o agir dos homens em vista da garantia de segurança. O Estado de Direito era, assim, o Estado que tem como soberano o legislador, cuja função é proteger as pessoas a ele submetidas, garantindo a sua segurança.⁴³

Essa concepção teorizada por Hobbes ressoou nas teorias de Montesquieu e de Rousseau de que deveria haver a separação dos Poderes do Estado e de que a lei deveria ser a expressão da vontade do povo, dando origem ao *civil law*, tradição jurídica em que a fonte preponderante do direito é a lei expedida pelo Poder Legislativo.⁴⁴ De acordo com essa tradição jurídica, na lei há garantia de igualdade e segurança, e fora dela, impera o acaso e o arbítrio.

Esse paradigma do Estado de Direito sofreu uma série de alterações ao longo dos anos, principalmente em decorrência do desenvolvimento do constitucionalismo no século XX. Mas, mesmo com essas alterações dos paradigmas do Estado de Direito, a lei continuou sendo um elemento de segurança jurídica tido por fundamental para proteger o cidadão frente à arbitrariedade e à força do Estado.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 115.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 49.

⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, forme, & power of a commonwealth ecclesiastical and civil*. Londres: Andrew Crooke, 1651. p. 88-91. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/gu003207.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 2-3.

Levando em consideração o direito tributário brasileiro contemporâneo, além da previsão geral, prescrita pelo art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o constituinte originário fez inserir no capítulo constitucional, em que estruturou o Sistema Tributário Nacional o art. 150, I, prescrevendo que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Essa determinação constitucional, que reitera e reforça o princípio da legalidade na esfera tributária, representa a confiança do constituinte originário na força da lei como proteção do contribuinte contra os arbítrios do Estado. Mais do que simplesmente exigir que a criação ou a majoração de tributos só aconteça por meio de lei formal, o art. 150, I da Constituição Federal de 1988 exigiu que todos os elementos essenciais para o nascimento ou para a majoração do tributo – isto é, todos os elementos de sua hipótese de incidência tributária ou regra matriz de incidência tributária – fossem prescritos pelo legislador na lei em sentido formal.⁴⁵ Por isso, Roque Carrazza afirma que “a estrita legalidade é o principal instrumento de revelação e garantia da justiça fiscal – além, é claro, de estar profundamente relacionada à segurança jurídica dos cidadãos”⁴⁶.

No entanto, essa confiança do constituinte originário de que a estrita legalidade tributária seria o principal instrumento para garantir segurança jurídica ao contribuinte não está sendo respeitada ou não está se mostrando suficiente para atingir esse objetivo.

Como tentaremos expor ao longo deste capítulo, o direito evoluiu e tornou insuficientes os controles semânticos para a garantia de segurança jurídica. Ainda que o controle semântico seja de grande importância, o foco da segurança jurídica na atualidade migrou desse aspecto para o aspecto argumentativo do direito. Mudou, portanto, para o processo e, naturalmente, para a jurisprudência.

O problema que pretendemos analisar nesta tese é justamente o fato de que os mecanismos de controle necessários a garantir a segurança jurídica criados pelo Constituinte de 1988 – ou a forma que eles foram pensados e estruturados pela dogmática nacional – não acompanharam essa mudança de foco. E o resultado dessa defasagem dos mecanismos de

⁴⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286.

⁴⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 291.

controle é, a um só tempo, uma jurisprudência que desprestigia o princípio da legalidade⁴⁷ e que é consideravelmente instável.

Alguns autores de relevo já investigaram o fenômeno das modificações de jurisprudência no direito tributário e seus impactos na segurança jurídica.⁴⁸ É praticamente unânime entre eles que mudanças na jurisprudência podem ocorrer, mas devem vir acompanhadas de modulação prospectiva de efeitos. Assim, da mesma forma que a lei pode ser alterada a qualquer momento, desde que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada sejam preservados⁴⁹, a jurisprudência também poderia. O problema encontrado por essa doutrina, portanto, é a falta de modulação de efeitos na modificação da jurisprudência, que violaria o princípio da segurança jurídica.

De nosso lado, concordamos com as conclusões alcançadas por esses autores. Todavia, em nossa opinião, a solução dada por eles resolve o problema da quebra da segurança jurídica sob seu aspecto retroativo, mas não soluciona os efeitos negativos que a mudança da jurisprudência traz em relação à face prospectiva da segurança jurídica, cuja representação máxima em matéria tributária é o princípio da legalidade estrita. Enxergamos, dessa forma, que, nessas situações, além da violação da segurança jurídica, também há violação ao princípio da legalidade estrita. Ou seja, a tese que se está defendendo é que a modificação de jurisprudência que aumenta a carga tributária dos contribuintes só pode ocorrer em hipóteses absolutamente restritas, não havendo liberdade para que os julgadores o façam em outras situações, sob pena de violar o princípio da legalidade tributária estrita.

Para fundamentar nossa posição, apresentaremos as razões pelas quais a segurança jurídica pode ser considerada como um valor supremo de um Estado de Direito e, em especial, do Estado Democrático de Direito. Apresentaremos também as principais características e objetivos do princípio em questão.

Na sequência, exporemos o princípio da legalidade, que foi o caminho encontrado pelos países que construíram sua cultura jurídica pautada no *civil law* para obter segurança jurídica.

⁴⁷ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 87-129.

⁴⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 188-189. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In _____. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 11. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. _____. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 48, 56, 62-64. NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antonio. _____. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 82.

⁴⁹ CF/88, art. 5º, XXXVI.

Apresentaremos também como o caminho da legalidade influenciou o Constituinte de 1988 e a dogmática tributária brasileira, para explicar a ligação forte que existe entre a segurança jurídica e o princípio da legalidade tributária estrita.

Caminhando para a conclusão do capítulo, avaliaremos se o princípio da legalidade tributária estrita tem conseguido cumprir seu objetivo de entregar segurança jurídica ao ambiente tributário brasileiro e, em caso negativo, que mecanismos de controle poderiam ser adotados para cumpri-lo.

3.2 O princípio da segurança jurídica

3.2.1 Definição do conceito de segurança jurídica

A segurança jurídica é mais do que um princípio jurídico. Ela é a verdadeira finalidade do estado de direito. Se o objeto do direito é regular as condutas humanas, a segurança jurídica é a garantia de que a regulação prescrita será respeitada. Roque Carrazza afirma que “mais do que um *valor*, a segurança jurídica é a própria razão de nossa Constituição Federal”⁵⁰. O autor é acompanhado por Heleno Taveira Torres, para quem “a segurança jurídica [...] converte-se em um *fim* do ordenamento, como eficácia do sistema jurídico haurida a partir do interior da Constituição. Daí comumente dizer-se que o Estado Democrático de Direito é o ‘Estado de Segurança’”⁵¹.

No passado, a função primordial da segurança jurídica era preservar os efeitos dos atos praticados. Assim, o papel primordial da segurança jurídica era garantir às pessoas que os efeitos das regras sob as quais os negócios jurídicos foram pactuados não seriam alteradas. Ou seja, que as regras do jogo não seriam alteradas com o jogo em curso. Essa noção, no entanto, está ligada primordialmente a uma visão estritamente liberal do ordenamento jurídico, que não se coaduna com o cenário contemporâneo. Atualmente, com o aumento exponencial da dependência do cidadão em relação ao Estado e de seu poder regulador, o conceito clássico de liberdade foi alterado, tendo se aproximado da ideia de que esta envolve o direito do cidadão de estruturar sua vida conforme os próprios planos (direito ao planejamento).⁵²

⁵⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 482.

⁵¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

⁵² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 398.

Helena Torres esclarece que a preservação dos atos pretéritos continua sendo um elemento fundamental da segurança jurídica. No entanto, a visão contemporânea do conteúdo do princípio da segurança jurídica é complexa e preocupa-se com o presente e com o futuro de maneira mais acentuada do que fizera no passado. De modo geral, o princípio da segurança jurídica envolve a confiança das pessoas de que o direito será respeitado ontem, hoje e amanhã, sendo certo que sua função passou a ser reduzir as incertezas do ordenamento e preservar a confiança gerada sobre o seu bom funcionamento. Em razão das funções que contemporaneamente as constituições assumiram, o autor considera que a Constituição Federal de 1988 elevou a segurança jurídica a um patamar muito superior ao de um fim metafísico do Estado. No atual texto constitucional, a segurança jurídica revela-se como uma garantia material⁵³, que visa entregar efetividade ao sistema jurídico em sua totalidade.⁵⁴

Ao analisar o tema da evolução do conteúdo da segurança jurídica e sua atual concepção na Constituição Federal de 1988, Humberto Ávila pondera que mais do que garantir a segurança física ou psicológica, ao assegurar a segurança como valor supremo da sociedade brasileira, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁵⁵ refere-se a um objetivo social, que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física. Para chegar a essa conclusão, o autor avalia que o art. 5º da Constituição garante o direito à segurança, ao lado de outros direitos fundamentais, todos qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais. Além disso, diversos desses direitos e garantias fundamentais assegurados pelo art. 5º da CF referem-se à segurança física e psicológica dos cidadãos (proteção da residência, da manifestação de pensamento, de consciência, de crença etc.). A soma desses fatores leva o autor a concluir que o direito à segurança jurídica tenha uma amplitude maior do que essa segurança meramente individual, de viés psicológico ou físico.⁵⁶

Em razão dessa amplitude social adquirida pelo princípio da segurança jurídica, Ávila considera que, em sua dimensão jurídica normativa, esta qualifica-se como um princípio

⁵³ José Souto Maior Borges explica que os *direitos fundamentais* são “prerrogativas constitucionalmente asseguradas aos seus destinatários”, ao passo que as *garantias constitucionais* são os “meios assecuratórios do exercício dos direitos fundamentais, ou seja, medidas instrumentais constitucionalmente previstas para a efetivação desses direitos” (BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 292).

⁵⁴ TORRES, Helena Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 24-25, 207-208.

⁵⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifos nossos).

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 263.

jurídico, que determina a proteção de um estado ideal de coisas, cuja realização depende de diversos comportamentos por parte do Estado e dos jurisdicionados. Esse estado de coisas ideal envolve a *cognoscibilidade*, a *confiabilidade* e a *calculabilidade* do direito.⁵⁷

Cognoscibilidade não significa determinação. O direito depende da linguagem, que, por natureza, contém certo grau de indeterminação e exige, assim, atividade interpretativa. Dessa forma, “a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito [...] pode apresentar em maior ou menor medida, margens de indeterminação”. Além disso, a generalidade necessária à lei impede que o legislador desça a minúcias técnicas de competência dos órgãos do Poder Executivo. A lei deve, então, ser dotada de cognoscibilidade – entendida como a capacidade material e intelectual de compreensão das alternativas interpretativas –, e não de determinação, que corresponderia à existência de um único sentido normativo prévio.⁵⁸

Por sua vez, *confiabilidade* não é sinônimo de imutabilidade. O direito precisa mudar para acompanhar as mudanças sociais, sob pena de tornar-se ineficaz. No entanto, essas mudanças devem assegurar estabilidade e continuidade normativa, eis que os direitos de propriedade e liberdade exigem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que as pessoas possam planejar a própria vida.⁵⁹

Também em razão da indeterminação da linguagem, a *calculabilidade* não deve ser confundida com a necessidade de previsibilidade absoluta, pois ela é “a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas de que as normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas”. Vale dizer que embora o direito deva se renovar, essas inovações não podem ocorrer de maneira brusca e desleal. Em resumo, a calculabilidade envolve a possibilidade de se prever não “a” consequência concreta e específica, mas o espectro – necessariamente reduzido⁶⁰ – de consequências possíveis a que estará submetido no futuro. Em razão dessas considerações, torna-se possível definir a calculabilidade como “um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 263-264.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 264-265.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 265.

⁶⁰ Isto é, a calculabilidade não pode admitir a existência de um leque extenso de possibilidades, sob pena de recair na completa imprevisibilidade. Além de um número reduzido de alternativas, estas não podem ser muito diversas. A título de exemplo, se houver apenas duas alternativas, mas uma for uma multa de mil reais e a outra uma pena de prisão perpétua, não há calculabilidade alguma (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 272-273).

e alheios, ou a fatos, e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será efetivamente aplicada”.⁶¹

Esses três elementos que compõem o estado ideal de coisas almejado pelo princípio da segurança jurídica – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade –, permitem separar esse princípio em duas dimensões: a estática e a dinâmica. Em sua dimensão estática, o princípio da segurança jurídica almeja que o direito tenha determinadas características que permitam que os destinatários das normas o conheçam em sua inteireza. A dimensão estática da segurança jurídica está, assim, ligada ao problema do conhecimento do direito, ou seja, ao estado ideal de cognoscibilidade. A segunda dimensão da segurança jurídica é a dinâmica. Essa dimensão está relacionada mais diretamente aos requisitos de confiabilidade e de calculabilidade. Em sua dimensão dinâmica, o direito preocupa-se com a aplicação do direito no tempo. Este será confiável se permitir que o cidadão possa saber quais são as mudanças que podem e quais não podem ser feitas, evitando-se o sentimento de *frustração*. Conforme aponta Humberto Ávila, “essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos no passado, isto é, se ele puder tornar seguro o passado no presente. Em outras palavras, se houver ‘segurança do passado’”. E o direito será calculável se permitir que o cidadão saiba como e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que ele seja *surpreendido*. A calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo direito amanhã, isto é, presentificando o futuro de modo a lhe aumentar as possibilidades de ação⁶².

Vale destacar que há uma relação de preponderância da cognoscibilidade com a dimensão estática, e da confiabilidade e da calculabilidade com a dimensão dinâmica da segurança jurídica. Preponderância, mas não exclusividade, na medida em que as duas dimensões guaram relação de meio e fim. O ideal de cognoscibilidade é meio para que os ideais de confiabilidade e calculabilidade sejam alcançados. Diante disso, torna-se possível afirmar que a dimensão estática – o conhecimento do direito – situa-se numa posição de pressuposição relativamente à dimensão dinâmica. Haverá casos, todavia, que a relação de pressuposição entre as dimensões estática e dinâmica se inverterá, o que nos permite afirmar que essa relação é bidirecional. O fundamento para essa afirmação decorre do fato de que o direito só será cognoscível se houver confiabilidade, pois caso seja excessivamente instável, ele dificilmente será conhecido de forma razoável por seus destinatários.⁶³

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 266, 281.

⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 304-307.

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 307-308.

A união das duas dimensões mostra que a segurança jurídica é instrumento de respeito ao indivíduo, que o torna capaz de planejar e conceber seu futuro. A segurança jurídica é, assim, instrumento dos direitos humanos contra o arbítrio, que, como núcleo do Estado de Direito, serve para garantir consideração e respeito ao homem como cidadão. Essas considerações permitem afirmar que “o princípio da segurança jurídica visa, na dimensão dinâmica, a garantir a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro, por meio do conhecimento do Direito”.⁶⁴

É importante destacar que essa visão da segurança jurídica como um princípio que busca um estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade para o direito não é o único caminho para se compreender referido princípio. Heleno Torres, por exemplo, considera que essa tríade não se mostra eficiente para promover a segurança jurídica de modo unitário, mormente no que concerne à concretização dos direitos e garantias fundamentais. Por conta disso, o autor prefere analisar o princípio em questão por meio dos seus núcleos funcionais, quais sejam: certeza, confiabilidade e estabilidade sistêmica. Como explica o autor, a função *certeza* “vê-se atendida pela legalidade e suas variantes formais e materiais, como na definição das espécies de tributos e discriminação material das competências, proibição de analogia, reserva de lei complementar, exigência de legalidade formal para instituir ou aumentar tributos”. A função *estabilidade* “confere previsibilidade a partir da hierarquia e relações de coordenação e subordinação entre competências, princípios e regras jurídicas”. Por fim, a função *confiabilidade* ou *proteção da confiança* “determina, operacionalmente, a confiança dos sujeitos na normalidade do sistema, na estabilidade controlada das relações e expectativas de direitos e obrigações e na garantia de concretização de direitos e liberdades fundamentais na aplicação das leis tributárias”.⁶⁵

Até onde nossa compreensão pode chegar, ambas as formas de se enxergar o princípio da segurança jurídica parecem-nos igualmente válidas. De uma forma ou de outra, os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade acabam se misturando aos centros funcionais de certeza, confiabilidade e estabilidade sistêmica e levando a resultados bastante semelhantes, em nosso ponto de vista. Ambos os caminhos levam a um conceito de segurança jurídica que envolve a possibilidade de os cidadãos conhecerem o direito e poderem confiar nele tanto em relação ao passado, como ao futuro.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 308-309.

⁶⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 29-31

Desse modo, não se tratando de teorias contraditórias sobre o princípio da segurança jurídica, por razões meramente didáticas, optamos por detalhar nossa concepção a seu respeito a partir de suas dimensões estática e dinâmica e dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

3.2.1.1 A dimensão estática (cognoscibilidade)

Como exposto, a dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos estruturais que o direito precisa ter para servir de instrumento de orientação aos seus destinatários.⁶⁶ Essa capacidade está ligada ao ideal de cognoscibilidade e exige que o direito seja compreensível e efetivo. O direito será compreensível se permitir ao cidadão conhecê-lo material e intelectualmente e será efetivo se aquilo que for compreendido for posteriormente efetivado.⁶⁷

Para que o direito seja materialmente cognoscível, é necessária a presença de alguns requisitos atinentes à disponibilidade normativa, tais quais a publicação das leis e demais atos normativos, a intimação das decisões proferidas em processos judiciais e administrativos, as normas que regulam a vigência das diferentes normas, entre outros atos essenciais para que o cidadão possa tomar conhecimento da existência e da vigência da norma. Já para que o direito seja intelectualmente cognoscível, proporcionando segurança de conteúdo, de um lado, as normas devem ser dotadas de clareza linguística e determinabilidade. De outro lado, observando-se não mais a norma, mas o ordenamento, este deve ser dotado de coerência e consistência.⁶⁸

Helena Torres considera que essas características fazem parte da função certeza do princípio da segurança jurídica e mais especificamente na segurança jurídica de orientação. Como explica o autor, a segurança jurídica vê-se amparada precipuamente nas seguintes possibilidades: (i) certeza relativa à atuação dos órgãos de produção de normas, seus procedimentos e competências materiais (acessibilidade formal); (ii) certeza quanto ao conteúdo da legalidade (acessibilidade cognitiva ou segurança de orientação); (iii) certeza quanto aos efeitos decorrentes da aplicação da lei e à preservação de direitos (certeza funcional); e (iv) certeza como previsibilidade dos efeitos dos atos e fatos jurídicos (certeza institucional). A função certeza, assim, pode ser assumida como sinônimo de *acessibilidade do direito*, que

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 313.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 304-305.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 314 e ss.

consiste tanto no acesso à legislação (acessibilidade formal, ou segurança jurídica de realização) quanto ao alcance cognitivo ao seu conteúdo (acessibilidade material ou segurança jurídica de orientação).⁶⁹

Importante ressaltar que clareza e determinabilidade normativas não podem ser confundidas com determinação. Como exposto anteriormente, a determinação das normas é algo inalcançável, haja vista a natural imprecisão inerente à linguagem. Apesar disso, o estado de cognoscibilidade exige que as normas sejam tão determinadas claras quanto seja possível, de modo que limitem ao mínimo, semântica e argumentativamente, as possibilidades interpretativas.⁷⁰

Como abordaremos de forma mais detida adiante, concordamos com Humberto Ávila quando este afirma que o ideal de cognoscibilidade não pode ser alcançado pela ideia de certeza, por meio do conhecimento da determinação prévia e abstrata de hipóteses legais aferíveis mediante descrição da linguagem. Para que pudéssemos ter essa acepção como correta, teríamos que aceitar o direito como algo dado por um poder anterior a ele e à própria atividade de aplicação. Para Ávila, portanto, o conceito cognoscibilidade é centrado no controle semântico-argumentativo e contestável, por meio do uso da linguagem, do conhecimento de critérios e estruturas hermenêuticas. A cognoscibilidade, assim, deixa de ser focada no mero fator linguístico, baseado na determinação prévia de hipóteses legais e passa a centrar-se nos processos de determinação, legitimação, argumentação e fundamentação. Ultrapassa-se, dessa forma, a compreensão da segurança jurídica como “garantia de conteúdo”, baseada no paradigma da determinação do direito, para uma segurança jurídica fundada no paradigma da controlabilidade.⁷¹ Retomaremos esse assunto e, em especial, os processos de determinação, legitimação, argumentação e fundamentação adiante, no tópico 3.3.2.2.

Além dos requisitos de intrínsecos à norma, a segurança jurídica também prescreve alguns requisitos que o ordenamento jurídico deve observar para que o estado ideal de cognoscibilidade possa ser atingido. Esses ideais são a coerência e a consistência.

Conforme os pressupostos adotados neste trabalho, sendo a determinação dos conteúdos normativos um estado inatingível⁷², a segurança jurídica busca atingir um estado de cognoscibilidade que permita às pessoas terem a capacidade de aferir (*i*) quais são os poucos e não muito dissonantes conteúdos jurídicos possíveis para um comando normativo e (*ii*) quais

⁶⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 225-226.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 341.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 278; 341-349.

⁷² E até mesmo indesejável, ante necessidade de maleabilidade que a contemporaneidade exige do Direito.

são, também em número reduzido e pouco diverso, as consequências jurídicas atribuíveis a seus atos e fatos. Nesse sentido, um dos fatores determinantes para que esses conteúdos e consequências sejam poucos e pouco diversos é justamente a coerência do ordenamento. As alternativas interpretativas de um ato normativo diminuem em um ordenamento coerente, capaz de guiar o intérprete, especialmente, por intermédio de seus princípios.⁷³

Cumpra destacar, desde já, que além de ser um requisito para se atingir o estado ideal de cognoscibilidade, atributo relacionado de forma mais direta à dimensão estática da segurança jurídica, a coerência do ordenamento também pode ser analisada do ponto de vista da dimensão dinâmica deste princípio. Nesse sentido, a coerência do ordenamento concorre para reduzir as incertezas quanto ao conhecimento de qual é a consequência normativa mais provável a ser futuramente imposta. Afinal, a aplicação do direito de modo coerente exige a aplicação de soluções semelhantes a casos semelhantes.⁷⁴ Essa questão também será tratada de modo mais aprofundado adiante, no tópico 5.3.1.2.

Voltando à dimensão estática do princípio da segurança jurídica aplicada ao ordenamento – e não a uma norma isolada –, além de coerente, o ordenamento também deve ser dotado de consistência. O dever de consistência para que o ordenamento possa ser considerado dotado de cognoscibilidade equivale à coerência formal, ou dever de não contradição. Como as normas não podem se contradizer, as alternativas interpretativas ficam reduzidas àquelas que não sejam contraditórias com outras normas componentes do ordenamento.⁷⁵

Destaque-se que, para Heleno Torres, coerência e consistência também são requisitos essenciais para garantir acessibilidade material ao direito, inserida no centro funcional da certeza do direito. Conforme explica o autor, para que se alcance a segurança jurídica não basta se ter o controle sobre a produção normativa ou a preservação de efeitos dos atos passados. É necessário também que as normas sejam dotadas de consistência (que preserva o sistema de contradições) e coerência (que favorece a formação de expectativas seguras), atribuindo previsibilidade ao direito. Dessa forma, para que haja segurança jurídica é mandatório que os atos normativos sejam dotados de clareza, precisão e congruência.⁷⁶

Os elementos supramencionados são os requisitos que as normas e o ordenamento precisam ter para que seja atingido o estado ideal de cognoscibilidade, almejado pelo princípio

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 278; 350.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 350.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 350-351.

⁷⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 291-293.

da segurança jurídica. Todavia, para que esse estado ideal seja alcançado, além deles, também é necessário que ambos sejam dotados de efetividade. Vale dizer que de nada servirá conhecer os conteúdos e as consequências normativas possíveis se não houver, em alto grau, a expectativa de que serão aplicadas. Caso essa expectativa não exista ou não possa ser prevista com um nível razoável de assertividade, não será possível afirmar que se conhecem as consequências jurídicas para os diferentes atos e fatos.⁷⁷

Os elementos apresentados neste item dizem respeito à dimensão estática da segurança jurídica. Como já exposto, essa dimensão é um pressuposto para a análise dos aspectos da confiabilidade e da calculabilidade normativas, que correspondem ao estado ideal de coisas almejado pelo princípio da segurança jurídica. Passemos, assim, a apresentar os requisitos e elementos atinentes à dimensão dinâmica da segurança jurídica.

3.2.1.2 Dimensão dinâmica

A dimensão estática do princípio da segurança jurídica, examinada no capítulo anterior, diz respeito aos requisitos estruturais que o direito deve reunir para servir de instrumento de orientação aos cidadãos, de modo que estes possam viver com liberdade o seu presente, conforme o Direito. Por sua vez, o estudo da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica tentará responder o que o direito precisa ter para “que o cidadão possa, sem frustração nem surpresa, livre e autonomamente, assegurar os efeitos jurídicos da liberdade exercida no passado e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro”. Desse modo, enquanto a dimensão estática se preocupou com os requisitos relacionados à cognoscibilidade da norma e do ordenamento jurídico, o estudo da dimensão dinâmica preocupar-se-á “com os problemas da ação no tempo e da transição do direito”, ou seja, se as liberdades exercidas ontem serão respeitadas hoje, e se as liberdades exercidas hoje serão respeitadas amanhã.⁷⁸ É o que Heleno Torres chama de “Segurança Jurídica e a temporalidade no sistema constitucional tributário”⁷⁹.

Com efeito, enquanto a perspectiva estática da segurança jurídica preocupa-se com a cognoscibilidade do direito, a perspectiva dinâmica tem como foco a confiabilidade e a

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 352.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 353.

⁷⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 327-330.

calculabilidade. A confiabilidade está ligada à preservação do passado, ao passo que a calculabilidade relaciona-se ao planejamento do futuro.⁸⁰

3.2.1.2.1 A confiabilidade (transição do passado para o presente)

O estudo da confiabilidade, interessada no problema da transição do passado para o presente, envolve a análise da estabilidade e da eficácia normativas. Analisaremos, primeiramente, a estabilidade normativa.

A estabilidade normativa pode ser analisada por um viés objetivo ou por um viés subjetivo. A análise do viés objetivo é a segurança jurídica em sentido estrito, preocupada com a estabilidade do ordenamento e em benefício de todos, independentemente da demonstração de seu efetivo exercício individual. Já a análise do viés subjetivo se relaciona ao exercício da liberdade de alguém e está mais associada não à mudança propriamente dita, mas sim à produção de efeitos normativos que atinjam atos do passado.⁸¹

A primeira das preocupações do estudo da dimensão objetiva da estabilidade normativa é a permanência do ordenamento jurídico. São precisas a esse respeito as palavras de Humberto Ávila:

Para que o Direito possa guiar a conduta humana não apenas em curto, mas em médio e longo prazos, o ordenamento jurídico deve ser minimamente estável, duradouro, contínuo, permanente. Se ele for frequentemente modificado os cidadãos terão dificuldade para saber qual a norma a obedecer, bem como terão relutância em agir, por não saber se as normas que conhecem continuarão valendo. A modificação contínua impede, assim, o planejamento. [...] a estabilidade do ordenamento jurídico (como permanência, durabilidade) é condição para que o Direito possa funcionar como guia de conduta em longo prazo. Sendo assim, é preciso que o Direito nasça com vocação para a vigência duradoura, e não como solução contingente para questões momentâneas.⁸²

Cumprir destacar que a exigência de durabilidade não deve ser confundida com a exigência de imutabilidade do ordenamento. Como já exposto, o direito tem que acompanhar as mudanças sociais, sob pena de tornar-se anacrônico e, assim, deixar de ser efetivo.⁸³

Além da permanência do ordenamento, a dimensão objetiva da estabilidade normativa depende da intangibilidade de situações por razões objetivas. Os instrumentos para o

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 355-356.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 355-356.

⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 357-358.

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 358.

atingimento dessa finalidade são os institutos, dentre outros, da decadência, da prescrição, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.⁸⁴

Além dos referidos instrumentos, Heleno Torres destaca o princípio da irretroatividade, o qual qualifica como é um esforço de certeza jurídica contra modificações de situações estabilizadas antes da vigência da lei e contra a tipificação de fatos tributários verificados no passado por novas leis que instituem ou majorem tributos, protegendo o contribuinte. O autor relembra que são poucas as constituições estrangeiras que trazem tamanha proteção ao contribuinte relativamente à segurança jurídica na função da estabilidade no tempo.⁸⁵

Por sua vez, a dimensão subjetiva da estabilidade normativa corresponde ao *princípio da proteção da confiança legítima*. Como já apresentado, enquanto o princípio da segurança jurídica em sentido estrito visa à proteção em abstrato da confiança das pessoas no direito, o princípio da proteção da confiança legítima depende da existência da confiança de alguém que mereça ser protegida frente a alterações do direito. Nas palavras de Humberto Ávila:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer ainda por declaração da sua invalidade.⁸⁶

Desse modo, é possível afirmar, como faz Humberto Ávila, que o princípio da segurança jurídica representa a face geral da segurança jurídica, protegendo o interesse de todos, apesar, eventualmente, do direito de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança representa a proteção do interesse de alguns apesar, eventualmente, do interesse de todos.⁸⁷

Helena Torres também compreende o princípio da proteção da confiança legítima como a face subjetiva da confiabilidade no direito. O autor destaca que a partir do momento em que o sistema jurídico tutela um fim sistêmico de segurança e confiabilidade, cria-se um “estado de confiança no ordenamento”. Qualquer conduta do estado contrária ao estado de confiança passa a ser tutelável jurisdicionalmente.⁸⁸

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 357-374.

⁸⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 335.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 374-375.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 377.

⁸⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 232.

Misabel Abreu Machado Derzi explica que o princípio em questão se encontra implícito na ordem constitucional brasileira e esclarece que isso também ocorre na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e costuma ser invocado de forma subsidiária em todas as vezes que as garantias e limitações constitucionais ao poder de tributar são frágeis.⁸⁹

A autora esclarece que a confiança não se resume à esperança de que as coisas no futuro permaneçam como são no presente. “A confiança não significa, assim, mera esperança. Ela implica a expectativa confiável que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia”.⁹⁰

Diante dessas constatações acerca da relação todo-parte entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança legítima, conclui-se que o segundo não é mera decorrência dedutiva do primeiro. Ele é, na verdade, uma limitação ou um corolário limitativo à aplicação da segurança jurídica. Percebe-se, assim, que poderá haver conflitos decorrentes da aplicação de ambos, sendo necessário encontrar critério de harmonização para sua aplicação, de modo que se gere mais segurança do que insegurança. Caso contrário, a aplicação do princípio da confiança legítima (dimensão individual e pretérita) pode levar ao comprometimento da segurança jurídica (dimensão geral, presente e futura).⁹¹

Além da estabilidade normativa em seus vieses objetivo e subjetivo, o estado ideal de confiabilidade buscado pelo princípio da segurança jurídica em sua dimensão dinâmica exige a eficácia normativa.

Com efeito, além de estável, o ordenamento deve ser eficaz para que haja segurança jurídica. De nada adiantará que o direito seja cognoscível e estável se não houver previsibilidade de que ele será aplicado. “Se as normas que o cidadão conhece não são minimamente obedecidas, a rigor, o conhecimento normativo não funciona como instrumento para que o cidadão possa realizar um planejamento estratégico juridicamente orientado do seu futuro”.⁹² A eficácia, portanto, é condição para a segurança jurídica.

Humberto Ávila alerta, com razão, que a efetividade necessária para que o direito seja seguro não é apenas a efetividade social – isto é, o acatamento às normas – mas uma verdadeira eficácia jurídica do ordenamento. Essa eficácia jurídica diz respeito às condições abstratamente previstas no ordenamento para tornar o direito efetivo, tais como um Poder Judiciário acessível,

⁸⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 321.

⁹⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 329.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 378.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 595.

juízes dotados de prerrogativas que lhes proporcionem condições de julgar de maneira justa, instrumentos processuais aptos à tutela dos diferentes direitos etc. Afinal, de nada adiantaria um ordenamento instituído para garantir a democracia e os direitos humanos, caso não houvesse meios para que esses direitos fossem assegurados.⁹³

3.2.1.2.2 Calculabilidade (transição do presente para o futuro)

A Constituição Federal de 1988, pretendeu instituir um cenário radicalmente avesso à surpresa. A previsibilidade é, assim, um desígnio constitucional magno.⁹⁴

José Casalta Nabais ensina que “o princípio da segurança jurídica não é afectado apenas através de normas retroactivas, já que também é posto [...] sempre que uma lei, em cuja manutenção e estabilidade os destinatários tenham confiado, seja revogada ou alterada para o futuro”.⁹⁵ De maneira semelhante, Klaus Tipke e Joachim Lang ponderam que:

em direito tributário a segurança jurídica é intensamente prejudicada especialmente quando leis são revogadas ou modificadas, agravando para o futuro: o sujeito passivo planeja com base em uma determinada situação jurídica. Essa situação jurídica é afastada ou tão essencialmente alterada que o motivo e a finalidade do planejamento tornam-se caducos.⁹⁶

Os trechos citados comprovam que, na atualidade, a segurança jurídica deixa de ser fortemente centrada nos efeitos sobre o passado para ser a segurança de expectativas do porvir, da organização do futuro.⁹⁷

De início, é necessário destacar que, como exposto no início deste trabalho, calculabilidade não é sinônimo de determinação (previsibilidade absoluta). O direito depende de processos argumentativos, motivo pelo qual a previsão absoluta é inatingível. O que o ordenamento pretende, portanto, não é a previsibilidade absoluta, mas sim, a calculabilidade, que pode ser definida, assim, como:

um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de *antecipar* e de *medir* o espectro *reduzido* e *pouco variável* de consequências atribuíveis abstratamente a atos próprios e alheios ou a fatos e o espectro *reduzido* de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada.⁹⁸

⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 595-597.

⁹⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 170.

⁹⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 409.

⁹⁶ TIPKE, Klaus. LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Frabis, 2008. p. 254-255.

⁹⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 207.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 604-605.

Também não se pretende um direito imutável. Como também já exposto, o direito tem que mudar, sob pena de tornar-se anacrônico e, assim, inefetivo. O que o princípio da segurança jurídica busca é um ideal de calculabilidade, ou seja, que as mudanças sejam antecipáveis, não ocorram de forma brusca e se situem dentro de parâmetros dos quais os Poderes não podem se afastar. Dito de outro modo, “só haverá calculabilidade se houver *anterioridade, continuidade e vinculatividade*”.⁹⁹

A anterioridade é um requisito para se alcançar o estado ideal de calculabilidade do direito, na medida que tem a função de postergar os efeitos das mudanças normativas, dando às pessoas tempo para que se preparem e, com liberdade, decidam o que fazer.¹⁰⁰ Conforme as lições de Heleno Torres, o Sistema Constitucional Tributário foi minucioso em relação ao tema, instituindo em seu art. 150, III, “b” e “c”, os princípios da anterioridade geral (ou de exercício financeiro) e a anterioridade nonagesimal.¹⁰¹

O requisito da continuidade normativa pode ser traduzido como “a ‘segurança rítmica’ pela suavidade e pelas regras de transição”. Se na análise da confiabilidade (transição do passado ao presente), o dever de permanência do ordenamento foi analisado pelo viés da durabilidade, na análise da calculabilidade (transição do presente ao futuro), o dever de permanência deve ser analisado pelo viés da continuidade.¹⁰²

A exigência de continuidade normativa, como já apresentado e reiterado, não impede a mudança do direito. Ela apenas é contrária a mudanças que terminem por frustrar a confiança daqueles que, “com apoio nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, optaram por um tipo de negócio e assim por diante”. Desse modo, o tipo de mudança que a calculabilidade visa afastar são aquelas bruscas (aquelas que não são, de modo algum, antecipáveis) e drásticas (aquelas que embora antecipáveis, são demasiadamente intensas em seus efeitos).¹⁰³

A continuidade normativa, como elemento necessário ao ideal de calculabilidade do direito, exige que as mudanças normativas sejam feitas de modo gradual, em etapas, pouco a pouco, de modo que permitam que o cidadão possa se planejar com liberdade e se adaptar à mudança. A ideia de continuidade pode ser mais bem explicada com o uso de um exemplo.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 605-606.

¹⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 56, p. 125, 2001.

¹⁰¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 336-338.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 612.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 613.

Nesse sentido, um dos elementos da reforma tributária que se está discutindo desde 2020 é a tributação de dividendos recebidos pela pessoa física, que atualmente é isento. Caso essa proposta viesse a ser aprovada ainda no ano de 2021 e, hipoteticamente, passasse a tributar tal operação já em 2022, com uma alíquota de 15%, haveria uma alteração brusca e drástica da legislação. O requisito da continuidade normativa exige que a instituição dessa tributação seja escalonada, de modo que se tribute, por exemplo, 3% em 2022, 6% em 2023, até chegar aos 15% em 2026. Desse modo, a mudança é feita em ritmo lento e gradual, não havendo uma quebra abrupta nas regras do jogo, o que permitiria o planejamento e a adaptação, pouco a pouco, do contribuinte à nova realidade.

O último dos requisitos necessários para se atingir o estado ideal de calculabilidade do direito é a vinculatividade. A vinculatividade pode ser definida, em poucas linhas, como a necessidade de manutenção das normas, salvo se houver justificativa para a mudança. Nas palavras de Humberto Ávila:

inexistindo uma razão justificadora para a mudança, as decisões passadas devem ser mantidas no futuro, pois, do contrário, ou elas não deveriam ter sido tomadas, por ausência de justificação, ou, se havia essa justificação, persistindo esta no tempo, a decisão não pode ser modificada. A vinculatividade do Direito repercute, assim, sobre o conteúdo do Direito futuro, permitindo que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje.¹⁰⁴

Essa vinculatividade do direito pode ser estudada por três ângulos: *(i)* as limitações normativas estruturais, formais e materiais; *(ii)* a tempestividade do direito; e *(iii)* a proibição de arbitrariedades.

As limitações normativas estruturais podem ser compreendidas como a conjugação dos princípios constitucionais com as regras de estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. As regras de estrutura são as normas sobre a criação e a aplicação de normas.¹⁰⁵ Tanto os princípios constitucionais como as normas de estrutura são essenciais para a atribuição de calculabilidade ao ordenamento jurídico. Os princípios são os responsáveis por dar coesão a todo o ordenamento, servindo, especialmente, como guias interpretativos para a aplicação do direito. Por sua vez, as regras de estrutura, dentre as quais, as regras de distribuição de competências e o arquétipo constitucional dos tributos, dão segurança ao cidadão sobre quem pode alterar o que, e em que medida as alterações poderão ser realizadas.¹⁰⁶

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

¹⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. 2011. P. 187-188.

¹⁰⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 63, 592-604.

As limitações normativas formais e materiais estão ligadas às limitações a que os Poderes estatais estão submetidos. Esses limites reduzem a extensão e a intensidade das mudanças normativas. O Poder Legislativo está externamente vinculado pela ordem constitucional, especialmente pelas regras de competência e pelos princípios constitucionais, como já exposto, ao se tratar da vinculação normativa estrutural. Internamente, esse Poder está vinculado à sua própria atuação, na medida em que não está autorizado a adotar diferentes critérios de tributação em diferentes momentos temporais, a não ser que haja alguma justificativa, sob pena de ferir o princípio da igualdade. O Poder Executivo, igualmente encontra constringências externas e internas semelhantes às do Poder Legislativo. Externamente, está vinculado à Constituição e às leis e, internamente, está vinculado à sua própria atuação passada, não podendo, sem justificativa, abandoná-la. Caso o faça, violará o princípio da igualdade no tempo.¹⁰⁷

Da mesma forma, limites vinculativos externos e internos constroem a atuação do Poder Judiciário. Trataremos deles nos Capítulos 3 e 4 deste trabalho.

O último dos requisitos necessários para se alcançar o ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica é a vinculatividade pela proibição da arbitrariedade. Como apresentado nas linhas anteriores, a vinculatividade do direito atua como um fator de calculabilidade, que exige que as regras existentes e as decisões tomadas hoje vinculem o exercício do poder amanhã, a não ser que ocorra uma justificativa para a mudança, sob pena de violação do princípio da igualdade, em sua dimensão temporal.¹⁰⁸

Como também já apresentado, mesmo o poder de legislar não é totalmente discricionário, por força do princípio da igualdade no tempo. O cidadão não poderá ser tratado de maneira diferente da que outro cidadão fora tratado, salvo se houver uma razão justificadora para tanto. “Isso significa que o cidadão, apesar de não poder saber qual será o conteúdo futuro do Direito, sabe que este não poderá ser arbitrário – o que reduz, significativamente, a liberdade para sua configuração”.¹⁰⁹

A proibição da arbitrariedade, ainda que não permita ao cidadão prever exatamente o conteúdo do futuro do direito, ao menos demarca negativamente os limites de sua configuração, eis que afasta qualquer tipo de regulação futura desprovida de justificação. Caso contrário, os contribuintes ficariam à mercê do arbítrio das pessoas políticas.¹¹⁰

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 622-623.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640.

¹¹⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 442.

Com isso, não se quer dizer, mais uma vez, que o direito não pode ser modificado. Ele pode, “desde que haja uma justificação, devidamente fundamentada, de maneira mais rigorosa para tal alteração”. A proibição de arbitrariedades compõe, assim, o conceito de segurança jurídica.¹¹¹

Especificamente no que diz respeito à proibição de arbitrariedade e a atuação do Poder Judiciário, cumpre destacar que em cada decisão, há uma razão universalizável para outros casos. Justamente essa razão de decidir é que deve servir de parâmetro para a solução de casos futuros, por meio da abstração e da universalização. A jurisprudência, então, deve formar expectativas normativas para o futuro, garantindo um nível mínimo de isonomia na solução de conflitos similares.¹¹²

A vinculatividade apresenta-se ao lado da anterioridade e da continuidade normativa como características que o direito precisa ter para atingir o estado ideal de calculabilidade. A anterioridade e a continuidade objetivam garantir, respectivamente, a “segurança de eficácia”, pela postergação dos efeitos das alterações normativas, e a “segurança rítmica” das alterações, exigindo que estas não sejam bruscas nem drásticas e que venham acompanhadas de regras de transição. Por sua vez, a vinculatividade corresponde à calculabilidade do direito pela aplicação do princípio da igualdade em sua dimensão temporal, que permite ao cidadão saber como será o direito de amanhã caso não haja justificativas pra sua mudança.¹¹³

3.2.1.3 Conclusão parcial

Diante de tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, torna-se possível concluir que o princípio da segurança jurídica é complexo e multifacetado. Sendo um princípio, ele prescreve um estado ideal de coisas que envolve a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do direito.

O direito cognoscível é aquele em que o cidadão consegue conhecer as normas jurídicas a que está sujeito e compreendê-las, de modo que estipule, com alto grau de exatidão, quais as consequências de seus atos. Direito confiável é aquele que garante ao cidadão que os efeitos jurídicos dos atos já praticados não serão alterados. E direito calculável é aquele que permite ao cidadão prever, com alto grau de exatidão, quais serão os efeitos de seus atos futuros.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640-641.

¹¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 641.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

A cognoscibilidade do direito (dimensão estática da segurança jurídica) é, desse modo, um meio para se atingir os ideais de confiabilidade e calculabilidade (dimensão dinâmica da segurança jurídica). Essa relação, no entanto, não é unidirecional, na medida em que só será possível conhecer o direito se ele for confiável e calculável. Afinal, se não for possível determinar quais os efeitos jurídicos dos atos pretéritos no presente, ou prever quais serão, no futuro, os efeitos jurídicos dos atos praticados no presente, não se poderá afirmar que se conhece o direito.

Para se atingir o estado ideal de cognoscibilidade, as normas jurídicas devem ser acessíveis e inteligíveis, além de estarem inseridas em um ordenamento coerente e consistente. Para o direito atingir o estado ideal de confiabilidade, o ordenamento jurídico deve ser estável e proteger a quem agiu confiando nessa estabilidade, tornando intangíveis os efeitos dos atos praticados no passado. E para atingir o estado ideal de calculabilidade, o direito deve ser previsível, vinculando-se às decisões já tomadas, a não ser que exista um motivo justo para a mudança, avisando-se previamente as modificações que serão feitas e criando-se regras de transição que permitam que as mudanças ocorram em ritmo adequado com o planejamento feito pelas pessoas.

A segurança jurídica, assim, é o princípio jurídico que busca um estado ideal de confiabilidade do direito, por meio da estabilidade e da previsibilidade do ordenamento, tendo como base sua inteligibilidade e vinculatividade.¹¹⁴

Para se atingir esse estado ideal, no entanto, os ordenamentos jurídicos baseados na tradição do *civil law*, como o Brasil, optaram por um caminho diferente dos ordenamentos jurídicos que se basearam no *common law*. Os primeiros apostaram na legalidade como caminho para que o Estado de Direito alcançasse o ideal da segurança jurídica, ao passo que os últimos caminharam por outras vias.

Desse modo, no próximo tópico, vamos analisar o papel da legalidade na formação do direito de tradição continental, bem como a aposta do direito tributário brasileiro no princípio da legalidade tributária estrita para aumentar o nível de sua segurança jurídica. Depois disso, avaliaremos se no atual cenário jurídico, em que o papel criativo da jurisprudência como fonte do direito passou a ser aceito e reconhecido, este princípio jurídico tributário está alcançando as suas finalidades ou se é necessário lançar um novo olhar sobre ele, com base nas premissas ora fixadas a respeito do princípio da segurança jurídica.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 641.

3.3 O papel da lei como elemento atribuidor de segurança jurídica nos sistemas de *civil law* e o princípio da legalidade tributária estrita

3.3.1 O civil law e a lei

Como exposto no tópico anterior, a segurança jurídica pode ser considerada o próprio objetivo da instituição de um Estado de Direito. No entanto, os ordenamentos jurídicos pautados no *civil law* escolheram um caminho diferente daqueles pautados no *common law* para se alcançar o estado ideal de segurança jurídica necessário para assegurar a liberdade de seus cidadãos. Trataremos do caminho escolhido pelo *common law* no Capítulo 4 deste trabalho. Foquemos nossa atenção, portanto, no caminho escolhido pelo *civil law*: o direito legislado.

Partindo das lições de Max Weber, Luiz Guilherme Marinoni correlaciona o nascimento e o desenvolvimento do capitalismo, a ética protestante e o direito positivo. Conforme o autor, a ética protestante – que valoriza o trabalho árduo, vê a profissão como um dever moral e até mesmo religioso, e a acumulação de riqueza e o lucro como um sinal exterior de fé – contribuiu para a racionalização do controle da condução da vida. Com efeito, esse controle racional requer a consciência de como as ações humanas serão avaliadas. Isso implica a exigência de previsibilidade de resultados dessas ações. A existência de um direito dotado dessas características inerentes à ética protestante – racionalidade e previsibilidade – foi essencial para o desenvolvimento dos negócios e para o desenvolvimento do capitalismo.¹¹⁵

Nesse sentido, o Marinoni afirma que, estudando a evolução dos sistemas jurídicos, Weber visualizou quatro estágios de desenvolvimento para esses sistemas. O primeiro estágio seriam os sistemas formalmente irracionais, cujo exemplo seriam os sistemas da antiguidade, em que as decisões eram tomadas a partir das revelações feitas pelos oráculos e não tinham nenhum fundamento racional. O segundo estágio seriam os sistemas substancialmente irracionais, nos quais as decisões seriam tomadas mediante considerações práticas e éticas sobre cada caso concreto. Esses julgamentos seriam realizados de acordo com o próprio senso de equidade do juiz, sem que houvesse necessidade de que estas estivessem baseadas em alguma regra. O terceiro estágio seriam os sistemas substancialmente racionais, nos quais, apesar de as decisões se operarem mediante leis ou critérios (leis gerais e princípios), não há separação formal entre o jurídico e o não jurídico, de modo que as decisões estão sujeitas à ética, à religião, à política etc. Por fim, o quarto estágio seriam os sistemas formalmente racionais, que

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20-32.

corresponderiam ao direito legislado. Nesses sistemas, em tese, haveria separação clara entre o jurídico e o não jurídico, atribuindo grau máximo de racionalidade ao sistema jurídico.¹¹⁶

Diante dessa classificação, para Weber, o *common law* seria um sistema substancialmente racional e, assim, não seria dotado de grau máximo de racionalidade, só encontrado no *civil law*. Marinoni aponta que essa era uma crítica comum de parte da doutrina jurídica inglesa do final do século XVIII, e foi em razão disso que se desenvolveu a teoria dos precedentes e, posteriormente, a regra do *stare decisis*, que serão apresentadas de forma detida no Capítulo 4 deste trabalho. Vale dizer então, que foi o reconhecimento de que o *common law* não era dotado de alto grau de racionalidade, que possibilitou o desenvolvimento do *stare decisis*, mecanismo capaz de sistematizar o direito inglês, atribuindo-lhe maior grau de racionalidade. Nesse sentido, Marinoni afirma que “Weber [...] viu no *stare decisis* um mecanismo capaz de propiciar a previsibilidade num direito formalmente irracional”.¹¹⁷

Vê-se, assim, que, para Weber, o *civil law* – portanto, o direito legislado – seria o máximo de racionalidade que um sistema jurídico poderia alcançar. Tanto é que, conforme sua concepção, o *common law* teve de se adaptar, incorporando à teoria dos precedentes a regra do *stare decisis*, a fim de alcançar um grau de racionalidade próximo ao *civil law*.¹¹⁸

Conforme Renato Becho, a distinção entre o direito inglês e o direito continental europeu surgiu no reinado de Henrique II (1154-1189), na Inglaterra, e se acentuou com o aparecimento das grandes codificações continentais europeias – notadamente, o Código Napoleônico – que não foram acompanhadas pelos britânicos.¹¹⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier explica que após a queda do Império Romano, no século V, os povos germânicos dominaram a Europa ocidental e central, fazendo o direito romano praticamente desaparecer. Este, no entanto, foi redescoberto no século XI, tornando-se objeto de imensa atenção de estudiosos italianos. Esses estudiosos acrescentaram o dogmatismo àquele direito, de modo que os textos do *Corpus Juris Civilis* – que, na realidade, eram uma volumosa coletânea de escritos jurídicos da época de Justiniano, e não chegavam a

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-35.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 41-43.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.

¹¹⁹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71.

configuravam um código – foram ordenados de forma coerente, de modo a criar um verdadeiro sistema de leis.¹²⁰

Essa concepção do direito como um sistema tornou-se preponderante na Europa continental ao longo dos séculos seguintes e, no ambiente da Revolução Francesa, encontrou a teoria da tripartição das Funções estatais, de Montesquieu, e a visão de Rousseau, no sentido de que a lei deveria ser a expressão da vontade do povo francês. Desse modo, a Revolução Francesa marca a origem do *civil law*.¹²¹

Como destaca John Harry Marryman, a Revolução Francesa buscou inaugurar uma ordem completamente nova, rompendo com as leis vigentes no antigo regime. Com efeito, sendo a lei a expressão da vontade do povo, qualquer tentativa de interpretação da lei passou a ser vista como uma tentativa de deturpação da decisão tomada pelo parlamento, enquanto representante do povo. Conforme o autor, a intenção do legislador francês com a promulgação do Código Napoleônico (1804) era estabelecer um sistema jurídico tão claro e preciso que o cidadão comum poderia compreendê-lo sem a intervenção de um advogado ou do Poder Judiciário. Esse Poder, aliás, ainda segundo Marryman, era visto com reservas, dada sua atuação na era pré-revolucionária, sempre tendente a proteger os interesses dos estamentos clerical e nobiliático.¹²²

A soma desses fatores deu força à ideia de que os códigos legislativos poderiam ser tão completos, coerentes, claros e sistemáticos que a função do juiz se limitaria a selecionar o dispositivo do código aplicável ao caso concreto e aplicá-lo por operação lógico-dedutiva.¹²³

Durante o século XIX, esse ideal codificador, baseado na racionalidade sistemática do direito, foi adotado pela Europa continental em quase sua totalidade e por suas colônias espalhadas pelo mundo.¹²⁴ Assim, estabeleceu-se a ligação entre a lei escrita, a racionalidade sistêmica, o impedimento de arbitrariedades e a segurança jurídica. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim, “uma forte conexão foi estabelecida entre a *lei escrita* e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que

¹²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 2.

¹²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 3.

¹²² MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 57-59.

¹²³ MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 59-60.

¹²⁴ MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 61.

imperata é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida”.¹²⁵ E conforme Luís Roberto Barroso, “a norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito”.¹²⁶

A supremacia do direito legislado – ou o paradigma do legislador soberano – sofreu uma relativa desvalorização com o desenvolvimento de alguns aspectos do direito ao longo do século XX. O primeiro dos aspectos para essa mudança foi o desenvolvimento do constitucionalismo. Como resultado deste, a soberania dá lugar ao poder constituído e o Estado de Direito torna-se o Estado Constitucional.¹²⁷ Além do desenvolvimento do constitucionalismo, Marinoni aponta que o direito passou a fazer uso de cláusulas gerais, que deixavam ao aplicador a tarefa de completar o sentido da norma e aplicá-la ao caso concreto, como é o caso do dever de boa-fé nos contratos.¹²⁸ Somado a esses fatores, o avanço da teoria da interpretação tornou possível o desenvolvimento do ideal de que o intérprete não mais encontra *o sentido correto da lei*, mas constrói a norma a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica.¹²⁹

Ao lado desses fatores para a desvalorização do direito legislado, Tereza Arruda Alvim Wambier ainda destaca que a facilitação do acesso à justiça gerou um considerável aumento não só da quantidade, mas da complexidade dos casos levados ao Poder Judiciário. Esses casos complexos mostraram que o texto da lei não era mais um instrumento suficiente para a solução de todos os problemas levados àquele Poder.¹³⁰

A Segunda Guerra Mundial e as mazelas no nazismo intensificam a crise do positivismo e fizeram eclodir uma série de novas teorias para explicar o direito, levando em conta, em especial, a reintrodução do eixo axiológico no universo jurídico.¹³¹

Apesar disso, o princípio da legalidade continua sendo considerado, pela maior parte da doutrina nacional, o principal elemento para se garantir a segurança jurídica do cidadão e, em especial a segurança jurídica do contribuinte nas relações jurídicas tributárias.

3.3.2 O princípio da legalidade e o direito tributário

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 3.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 239.

¹²⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 172.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63-64.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65.

¹³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 4.

¹³¹ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 195-203.

3.3.2.1 O princípio da legalidade geral

Apesar de todas as mudanças na configuração do direito que vêm ocorrendo desde a metade do século XX¹³², muito do ideal de segurança jurídica e de proteção contra arbitrariedades proporcionado pelo princípio da legalidade se mantém na tradição jurídica brasileira. Tanto isso é verdade que o constituinte de 1988 fez incluir em seu art. 5º, II que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ao analisar o dispositivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz a relação apresentada no tópico anterior com a Revolução Francesa e afirma que o princípio da legalidade um vínculo estreito com o conceito atual de democracia, já que a lei representa a expressão da vontade geral.¹³³ Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, enxerga uma significação dúplice no princípio da legalidade. A primeira dessas significações é a própria representação do Estado de Direito, na medida em que só a lei pode tolher a liberdade individual das pessoas. A segunda é garantia do particular contra o arbítrio do Estado, impondo limites à sua atuação.¹³⁴ Essa significação dúplice também é visualizada por Gilmar Ferreira Mendes, o qual destaca que “o princípio da legalidade opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes”.¹³⁵ Alexandre de Moraes também considera que o princípio da legalidade tem como objetivo combater o poder arbitrário do Estado e assevera que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”.¹³⁶

A opinião doutrinária de alguns dos principais constitucionalistas brasileiros, incluindo ocupantes do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, mostra que há várias formas de se enxergar o princípio da legalidade. Ao que nos parece, contudo, há consenso quanto ao fato de ele representar, a um só tempo, (i) a limitação da força estatal, em prol da liberdade dos cidadãos; e (ii) expressão da vontade geral (ou do direito à autorregulamentação).

¹³² Fazendo uma comparação da alegórica pirâmide normativa teorizada por Kelsen em sua Teoria Pura e do sistema jurídico autopoietico e organizado de modo circular, teorizado por Luhman e Teubner com o cenário jurídico contemporâneo, Mireille Delmas-Marty afirma que a paisagem atual é composta por pirâmides inacabadas ou invertidas e anéis estranhos. (DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-119).

¹³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 245.

¹³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 172.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Saraiva Educação, 2020. P. 945-946.

¹³⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. [livro eletrônico não paginado]

A despeito de, como exposto, o princípio da legalidade ser uma das vigas mestras de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ele ganha especial importância no direito tributário brasileiro, já que esse ramo representa uma intervenção forte do Estado na liberdade do cidadão. Até mesmo por isso, além da garantia constante do art. 5º, II, o constituinte de 1988 fez inserir no capítulo constitucional que trata do Sistema Tributário Nacional o art. 150, I, prescrevendo que: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Vejamos, assim, como a doutrina tributária nacional analisa a conjugação desses dois dispositivos constitucionais.

3.3.2.2. O princípio da legalidade tributária estrita

Existem alguns ramos do direito em que o princípio da legalidade incide de forma mais acentuada do que outros. O direito tributário é um deles.

Aliás, como explicam Renato Becho e Sacha Calmon Navarro Coêlho, foi o direito tributário que deu origem ao embrião do princípio da legalidade, desenvolvido de forma plena, posteriormente, no período revolucionário francês, como explicado nos tópicos anteriores. Como explicam os autores, foram atos de resistência dos barões ingleses contra uma tributação tida por eles como injusta que culminaram na assinatura da Magna Carta em 1215, e do *Bill of Rights* em 1689, que estipulam a cláusula “*no taxation without representation*”, “que, na nossa cultura, firmou-se no princípio da legalidade tributária”.¹³⁷

Isso é um indicativo da importância do princípio da legalidade para o direito tributário.

Em obra monográfica sobre o tema da legalidade tributária, Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa assevera que a legalidade na esfera tributária é um verdadeiro limite objetivo à força do Estado, já que, em decorrência dele, o contribuinte não pode ser compelido a pagar tributos sem que a lei o estabeleça. Para a autora, a legalidade é o único caminho para que o contribuinte possa ter segurança jurídica e certeza do direito em matéria tributária.¹³⁸

Julcira Lisboa é acompanhada por Regina Helena Costa, que destaca que o princípio da legalidade se fundamenta no primado da segurança jurídica, da igualdade e da certeza do direito,

¹³⁷ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 38-41. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 176.

¹³⁸ LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna. *Brazilian tax law and the principle of legality*. São Paulo: Claris, 2016. p. 23.

e garante ao cidadão que seu comportamento só poderá ser modulado ou vedado pelo Estado mediante lei em sentido estrito.¹³⁹

Para Roque Carrazza, além de ser uma garantia de segurança jurídica para o contribuinte, o princípio da legalidade tributária consagra a ideia de autotributação. Conforme o autor, “é da essência de nosso regime republicano que as pessoas só devem pagar os tributos em cuja cobrança consentirem”.¹⁴⁰

No mesmo sentido é o entendimento de Sacha Calmon, para quem:

Estado de Direito e legalidade na tributação são termos equivalentes. Onde houver Estado de Direito haverá respeito ao princípio da reserva de lei em matéria tributária. Onde prevalecer o arbítrio tributário certamente inexistirá Estado de Direito. E, pois, liberdade e segurança tampouco existirão
[...]
O princípio da legalidade significa que a tributação deve ser decidida não pelo chefe do governo, mas pelos representantes do povo, livremente eleitos para fazer leis claras.¹⁴¹

A nosso ver, no entanto, as citações de doutrina tributária nacional feitas acima não diferenciam a legalidade tributária da legalidade em outros ramos didáticos do direito, em especial, do direito público. Em todas aquelas citações, ao que nos parece, o conceito do princípio da legalidade envolve a proteção dos indivíduos contra a intervenção do Estado em sua liberdade e a ideia de autolimitação. A título comparativo, vejamos o que diz, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do princípio da legalidade aplicado ao direito administrativo:

enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele de o qualifica e que lhe dá identidade própria [...].
Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da normal geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.¹⁴² (grifos do autor)

¹³⁹ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.

¹⁴⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285.

¹⁴¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 173.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99-100.

Conforme apresentado pelo administrativista, da mesma forma que para o direito tributário, para o direito administrativo o princípio da legalidade representa um freio à intervenção estatal na vida do particular e o direito à autorregulamentação/autolimitação popular.

Diante dessa constatação, questiona-se: existe alguma nota que torne a legalidade tributária especial em relação ao restante do direito público? A resposta para essa indagação é, a nosso ver, afirmativa.

Como exposto na conclusão do tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 reforçou a importância do princípio da legalidade em matéria tributária ao dispor, em seu art. 150, I que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Esse dispositivo constitucional inaugura o princípio da *legalidade tributária estrita*, também chamado de princípio da tipicidade, princípio da precisão conceitual ou ainda de princípio da determinabilidade fática.

Como explica Julcira Lisboa, o princípio da legalidade tributária estrita determina não apenas que os tributos só possam ser criados ou majorados por lei em sentido formal, mas também que esta lei deve prever detalhadamente os aspectos dos fatos a serem tributados. A lei formal que institui ou aumenta um tributo deverá prever, de maneira absolutamente minudente, quem serão os sujeitos passivos desse tributo, as condições relevantes de tempo e espaço necessárias para a ocorrência do fato gerador, a base de cálculo e a alíquota.¹⁴³

A interpretação de Roque Carrazza vai no mesmo sentido. O autor explica que “criar um tributo não é simplesmente nominá-lo, mas descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota”.¹⁴⁴

A opinião de Paulo de Barros Carvalho corrobora as anteriores. O autor adverte que instituir um tributo é descrever a sua regra-matriz de incidência, de modo que a lei tributária deve apresentar todos os elementos descritores do fato que será tributado, bem como os dados prescritores da relação obrigacional.¹⁴⁵

Sacha Calmon observa que o princípio da tipicidade nunca é expresso nas constituições, mas representa a *face material do princípio da legalidade*. Vale dizer, se analisado exclusivamente pelo seu aspecto formal, bastaria que a lei veiculasse norma dispondo algo

¹⁴³ LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna. *Brazilian tax law and the principle of legality*. São Paulo: Claris, 2016. p. 25-26.

¹⁴⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286.

¹⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208.

como: “está criado o imposto de renda”. Todavia, um comando normativo nesse sentido não afastaria a arbitrariedade, na medida em que o Poder Executivo poderia cobrar quanto, como, quando, onde e de quem quisesse o referido imposto. Da mesma forma, não seria um ato de autotributação, já que não seriam os contribuintes que, por meio de seus representantes, estariam escolhendo como, quando e com quanto estariam dispostos a contribuir com o Estado por meio do referido imposto. Assim, como destaca o autor, é somente com a conjugação da face formal com a face material do princípio da legalidade, que este pode representar segurança jurídica tributária para o contribuinte.¹⁴⁶

Essa relação entre o princípio da legalidade e a segurança jurídica também foi visualizada e explicada por Roque Carrazza, para quem “a estrita legalidade é o principal instrumento de revelação e garantia da justiça fiscal – além, é claro, de estar profundamente relacionada com a segurança jurídica dos cidadãos”. Conforme o autor, “incumbe ao Estado zelar para que todos não só tenham uma proteção eficaz dos seus direitos, como possam prever, em alto grau, as consequências jurídicas dos comportamentos que adotarem”, sendo que “na tributação, tais objetivos são alcançados quando a lei [...] traça uma *ação tipo* (abstrata) que descreve o fato que, acontecido no mundo fenomênico, fará nascer o tributo”.¹⁴⁷

Ives Gandra da Silva Martins e Hugo de Brito Machado também fazem essa conexão entre conjunção da legalidade e da tipicidade como elementos atribuidores de segurança aos contribuintes. Alberto Xavier, Roque Carrazza e Sacha Cammon chegam a afirmar que o princípio da tipicidade tributária (destinado a garantir o direito de propriedade de forma direta e o direito de liberdade indiretamente) é mais forte do que o mesmo princípio aplicado à seara penal (destinado a garantir de forma direta o direito de liberdade). Os três autores justificam a afirmação explicando que no direito penal, a aplicação do conseqüente normativo depende de algum grau de subjetividade do juiz, em razão da dosimetria da pena; ao passo que no direito tributário não há espaço para a subjetividade. O conseqüente da norma é sempre rígido.¹⁴⁸

Essa relação da determinação conceitual (tipicidade) com a autoimposição e, especialmente, com a segurança jurídica é muito bem explorada por Alberto Xavier. O autor

¹⁴⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 178-179.

¹⁴⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 291, 482, 484-485.

¹⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 54-55. MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 21. XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.44. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 300. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

destaca, inicialmente, que dada a evolução do direito e da sociedade, o princípio da legalidade não pode mais ser visto apenas como emanção da ideia de autotributação, como na sua origem inglesa. Hoje, em seus dizeres, o princípio revela e garante justiça tributária. Alberto Xavier é enfático ao afirmar que o princípio da legalidade tributária decorre diretamente da necessidade de se atribuir segurança jurídica aos contribuintes. Conforme explica o autor, a segurança jurídica em matéria tributária depende exclusivamente “do conhecimento claro e inequívoco, resultante de os impostos deverem constar de uma lei escrita, com exclusão de todas as dúvidas ligadas à prova e interpretação das fontes consuetudinárias”. Desse modo, a lei deve predeterminar o conteúdo da decisão a ser tomada pelo órgão de aplicação da lei, subtraindo-lhe o arbítrio e a subjetividade.¹⁴⁹

Misabel de Abreu Machado Derzi, em sentido semelhante, afirma que “onde quer o legislador reforçar a segurança jurídica, impõe a legalidade material absoluta. A norma legal colhe então o tipo (socialmente aberto) modelando-o e fechando-o em conceitos determinados”.¹⁵⁰ A autora analisa as diferenças entre o tipo e o conceito e explica que aqueles são abertos e flexíveis, ao passo que estes são determinados e específicos. O tipo descreve as características normalmente encontradas em determinada classe de elementos, ao passo que o conceito define as características que, necessariamente, devem ser verificadas para que determinado elemento possa ser considerado pertencente a determinada espécie. Em razão dessas características, conforme a autora, os tipos são mais adequados às disciplinas jurídicas atreladas aos movimentos sociais de conquista, ao passo que naquelas em que sobressai a necessidade de atribuição de segurança, os conceitos legais são mais adequados.¹⁵¹

Desse modo, a título de exemplo, em uma sociedade plural, seria mais adequado que a legislação utilizasse um tipo para definir o que, juridicamente, é *família* do que um conceito. Desse modo, caso a legislação opte por conceituar uma família como uma comunidade de pessoas formada por um homem, uma mulher e seus filhos, como ficaria a situação dos casais sem filhos? E dos casais homossexuais? E dos casais que optam por não ter filhos, ou ainda das pessoas que optam por ter filhos sem um companheiro? Por outro lado, se a legislação tivesse optado por se basear em um tipo, e não em um conceito, caso a maioria das características descritivas do tipo “família” estiverem presentes, aquela determinada comunidade de pessoas

¹⁴⁹ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 11, 51-52, 70-73.

¹⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 184.

¹⁵¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-138

poderá ser considerada uma família e, assim, receber toda a proteção social que a Constituição garante. O direito teria, assim, mais maleabilidade para acompanhar as mudanças da sociedade.

A situação seria diferente para as disciplinas jurídicas em que a preservação da segurança jurídica e a consequente preservação da liberdade prepondera sobre o acompanhamento das mudanças sociais. Assim, por exemplo, para averiguar se um determinado serviço público pode ou não ser remunerado por taxa, em prol da segurança jurídica, seria mais adequado que a legislação determinasse minuciosamente, por exemplo, que o Poder Público pode cobrar taxas dos cidadãos caso estes utilizem efetiva ou potencialmente serviços públicos específicos e divisíveis. Desse modo, caso uma dessas características não esteja presente no serviço concretamente prestado – exemplificativamente, a divisibilidade – a taxa não poderá ser cobrada.

Em razão do exposto, Misabel Derzi conclui que:

A tensão entre liberdade e poder explica como no Direito Público é reclamada a intervenção da lei para limitar e controlar, de forma ampla, os atos estatais que afetam bens e interesses individuais fundamentais, como a vida, a liberdade, o patrimônio e a segurança.

E exige-se, então, não só que a lei tipifique os fatos jurídicos e seus efeitos, mas que ela limite, tanto quanto possível, a imprecisão conceitual, transformando-os em conceitos fechados.

A tendência conceitual classificatória do Direito Penal e do Direito Tributário parecem evidentes [...] e tem como alvo a eliminação, tanto quanto possível, da discricionariedade inerente aos atos de aplicação da lei.

[...]

Segurança, igualdade, permeabilidade às mutações sociopolíticas, estabilidade nas relações jurídico-sociais, praticabilidade... os demais que engendram esses princípios são tensões existentes por detrás do tipo e do conceito classificatório.

Ora, o que prevalece no Direito Tributário não é a tipologia, mas a classificação; não é o tipo, mas o conceito. A legalidade estrita, a segurança jurídica, a uniformidade, a praticabilidade e a rigidez da discriminação constitucional de competência determinam a tendência conceitual classificatória prevalente no Direito Tributário.¹⁵²

Tudo que foi exposto mostra que, por força do princípio da legalidade tributária exige-se que a lei que institua ou majore tributos contenha a *determinação conceitual* dos elementos componentes da hipótese de incidência tributária e dos elementos que a circundam. Majoritariamente, a doutrina tributária nacional vê no princípio da legalidade tributária estrita uma garantia, ou mesmo um requisito, para que se alcance o estado ideal de coisas que o princípio da segurança jurídica busca para garantir o direito de liberdade do contribuinte frente ao Estado.

¹⁵² BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 192-193.

Esse pensamento da doutrina nacional está pautado na força que o direito legislado adquiriu nos países que desenvolveram sua cultura jurídica baseada no *civil law*, como exposto no item 3.3.1. Nessas culturas, a lei escrita seria uma garantia da liberdade dos indivíduos contra a arbitrariedade estatal, e, assim, o caminho para se ter um sistema jurídico dotado de segurança. No direito tributário brasileiro, essa ideia foi elevada à máxima potência, havendo necessidade não só de que as obrigações tributárias sejam impostas por lei formal, mas que essa lei formal descreva pormenorizadamente todos os aspectos da hipótese de incidência tributária.

Todavia, como exposto no Capítulo 2 deste trabalho, a ciência jurídica evoluiu muito desde a formação do Estado de Direito no século XVIII. Já não é de hoje que se reconhece que lei e norma não se confundem. Hoje, a doutrina reconhece que a norma jurídica é o resultado da interpretação dos textos veiculados pela lei e outros veículos normativos. Além disso, atualmente, a jurisprudência é reconhecida por uma parcela significativa da doutrina como fonte do direito tributário. Desse modo, parece-nos que é necessário analisar se, frente a essa nova realidade, o princípio da legalidade tributária estrita está cumprindo seu papel de atribuir segurança jurídica ao direito tributário. Se não, o que fazer para que não haja perda de segurança jurídica no direito tributário brasileiro?

3.4 Olhando para a realidade de hoje: a legalidade tributária estrita alcançou seu objetivo de reforçar a segurança jurídica em matéria tributária?

Ao longo do presente Capítulo, apresentamos a segurança jurídica como um valor supremo do Estado Democrático de Direito. Busca-se com a segurança jurídica garantir a liberdade de ação do cidadão por meio de ações que levem a um estado ideal em que o direito seja, na maior medida possível, cognoscível, confiável e calculável.

Apresentamos também a concepção majoritária da doutrina do direito tributário no Brasil, de que o princípio da legalidade tributária estrita – pautada na determinação conceitual dos elementos da hipótese de incidência tributária e dos aspectos procedimentais e processuais que a circundam – é um requisito para que se alcance tal estado ideal de coisas. Conforme essa corrente majoritária da doutrina do direito tributário no Brasil, somente por meio da legalidade estrita seria possível proteger o contribuinte de arbitrariedades e garantir o direito de autodeterminação, assegurando, assim, sua liberdade. A dúvida levantada no final do tópico anterior foi se essa concepção a respeito do princípio da legalidade tributária estrita é válida contemporaneamente, considerando, em especial, a relevância conquistada pela jurisprudência, enxergada, atualmente, por parte considerável da doutrina como fonte do direito tributário.

Para que não se suscitem dúvidas, esclarecemos que em nossa concepção, o princípio da segurança jurídica é, sim, um dos objetivos primordiais do direito e requisito para que o cidadão possa ter garantida a sua liberdade. A dúvida que colocamos é se o princípio da legalidade estrita está conseguindo exercer o papel de garantir a segurança jurídica em matéria tributária.

Destacamos, de partida, que, apesar de majoritária, a ideia de que a estrita legalidade tributária (pautada na determinação conceitual dos elementos da hipótese de incidência tributária) seria um requisito para se garantir segurança jurídica em matéria tributária não é uma unanimidade. Há doutrinadores de altíssima relevância no país que não fazem essa leitura do princípio da legalidade no direito tributário.

Ricardo Lobo Torres, por exemplo, considera que a crença do referido princípio é uma verdadeira ingenuidade. Para o autor, devido à complexidade da sociedade atual, é impossível trabalhar com conceitos fechados pelo legislador, sob pena de ignorar uma parte relevante da realidade. Lobo Torres defende que os conceitos indeterminados são inevitáveis no direito tributário contemporâneo, motivo pelo qual a segurança jurídica não poderia ser alcançada simplesmente pela exigência de determinação conceitual das hipóteses normativas. A título de exemplo, o autor elenca os conceitos de “renda”, “circulação de mercadorias” e de “grandes fortunas” e argumenta que até mesmo as tentativas de fechamentos desses conceitos permanecem eivadas de indeterminação, como é o caso de se tentar definir renda como “rendimento”, “disponibilidade econômica”, “disponibilidade jurídica” etc.¹⁵³

Outros autores de relevo se filiam à divergência aberta por Ricardo Lobo Torres quanto ao conteúdo – e à própria existência – do princípio da tipicidade tributária. Citamos, a título exemplificativo, Marciano Seabra de Godoi, Marcus Abraham, Fernando Aurélio Zilveti, Aurélio Seixas Filho, José Marcos Domingues, Ricardo Lodi Ribeiro e Sérgio André Rocha. Para todos esses autores, a determinação conceitual não tem aptidão de gerar segurança jurídica pelo fato singular de que a linguagem é naturalmente indeterminada.¹⁵⁴

¹⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 93, 150-151.

¹⁵⁴ GODOI, Marciano Seabra de. O que e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 60-67. ABRAHAM, Marcus. A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 116-117. ZILVETI, Fernando Aurélio. *Obrigação tributária: fato gerador e tipo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 143-145. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Legalidade e tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 23-24. DOMINGUES, José Marcos. Legalidade tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 60-67. RIBEIRO, Ricardo Lodi. Legalidade tributária: o princípio da

De nossa parte, concordamos parcialmente com as críticas levantadas por estes autores à doutrina do princípio da tipicidade cerrada, mas discordamos de suas conclusões. Concordamos que o ideal de determinação absoluta e prévia, via Legislativo, de todos os aspectos inerentes ao fenômeno da tributação é inatingível e até mesmo indesejável, frente à natural indeterminação da linguagem e à complexidade da sociedade contemporânea.

Apenas para exemplificar a situação, recorreremos à avaliação feita por Renato Becho acerca do princípio da proibição da tributação com efeito de confisco, a qual representa um caso claro de impossibilidade de determinação prévia pelo legislador de um elemento inerente à aplicação da norma tributária. O autor explica que várias foram as tentativas da legislação, da jurisprudência e da doutrina de fixar um critério percentual objetivo para definir o que é uma tributação com efeito de confisco. Contudo, nenhuma delas conseguiu atingir seu objetivo, e o motivo para tanto é o fato de que é impossível definir aprioristicamente o que é uma tributação confiscatória. Essa avaliação só poderá ser feita *a posteriori*, mediante análise do caso concreto em todas suas nuances. Em razão disso, Becho afirma o seguinte:

O que estamos afirmando é que não apenas nosso ordenamento jurídico não possui uma legislação que defina ou traga os parâmetros para o que seja uma tributação com efeito de confisco como também *não seja efetivamente possível que uma lei assim estabeleça*. A impossibilidade é em a legislação efetivar a delimitação e a abrangência dos princípios, como ocorre com a delimitação do que seja a capacidade contributiva. [...]
A conclusão que nos parece acertada é o reconhecimento de que a definição do que seja uma tributação equiparada a confisco não faz parte das atribuições do legislador, e sim dos membros do Poder Judiciário.¹⁵⁵ (grifo do autor)

Desse modo, se considerarmos o princípio do não confisco como uma norma jurídica vigente no ordenamento brasileiro e aceitarmos como correta a premissa de que a avaliação se a tributação é ou não confiscatória só pode ser feita pelo juiz, mediante a análise do caso concreto, torna-se possível concluir que há um elemento não prescrito em lei impactando diretamente a aplicação da regra-matriz de incidência tributária. Se a tributação for considerada confiscatória, algum dos aspectos da hipótese de incidência tributária deixará de ser aplicado tal qual descrito ou prescrito na lei.

Não nos parece correto afirmar, todavia, que o princípio da legalidade tributária estrita tenha sido expurgado do ordenamento jurídico brasileiro, estando o Legislador autorizado a fazer largo uso de tipos fluidos na produção de legislação tributária. A segurança jurídica do

proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: _____. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 206. ROCHA, Sérgio André. *Da lei à decisão: a segurança jurídica possível na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.

¹⁵⁵ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 419, 436-437.

contribuinte deve ser sempre o vetor do labor legislativo em matéria tributária e isso requer o máximo de rigor possível em sua atividade.

Nesse sentido, em primeiro lugar, relembramos que o princípio da legalidade tributária estrita não é um fim em si mesmo. Como exposto ao longo deste capítulo, a legalidade tributária é um *instrumento* que serve ao princípio da segurança jurídica em matéria tributária. Dessa forma, discutir a legalidade tributária sem ter como foco a segurança jurídica do contribuinte seria, nos dizeres de Marco Aurélio Greco, como fazer “um ‘tratado sobre o bisturi’ sem uma palavra sobre a doença cujo tratamento a cirurgia se tornou necessária”.¹⁵⁶

Partindo desse pressuposto, se é verdade que sempre haverá algum grau de indeterminação nas normas tributárias, também o é que esse grau de indeterminabilidade deve ser o menor possível em todas as situações. Afinal, o estado ideal de coisas almejado pelo princípio da segurança jurídica envolve a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade e, como expusemos no item 3.2, a presença de determinação linguística contribui para se atingir esse estado ideal. Do ponto de vista da segurança jurídica, é melhor que a linguagem seja determinada do que indeterminada, pois assim diminuem-se as possibilidades interpretativas.

Um exemplo largamente utilizado pelos autores que refutam a existência do princípio da tipicidade ou diminuem sua importância nos tempos atuais é a contribuição devida pelas empresas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, prevista no art. 22, II da Lei nº 8.212/91 (no passado, denominada de Seguro Acidente de Trabalho ou SAT).¹⁵⁷ Conforme dispõe a lei, a alíquota dessa contribuição será de 1%, 2% ou a 3%, a depender do grau de risco leve, médio ou alto de incapacidade laborativa (acidentes de trabalho, doenças laborais etc.) da atividade desenvolvida pela empresa. A lei, no entanto, delega ao regulamento a definição do grau de risco de cada atividade econômica. Dessa forma, havendo necessidade de se recorrer ao regulamento para se aferir qual

¹⁵⁶ GRECO, Marco Aurélio. Três papéis da legalidade tributária In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 107.

¹⁵⁷ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...]

II - para o financiamento do benefício previsto nos [arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991](#), e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: [\(Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998\)](#).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

[...]

§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.

a carga tributária a que o contribuinte do SAT está sujeito, haveria uma violação ao princípio da legalidade tributária estrita. Apesar disso, ao analisar o tema, o STF considerou que essa delegação da definição dos graus de risco de cada atividade ao regulamento não violou o princípio da legalidade tributária estrita, eis que a lei definiria satisfatoriamente todos os elementos essenciais ao nascimento da obrigação tributária.¹⁵⁸

O fato de o STF ter validado a cobrança do SAT na forma instituída pelo art. 22, II da Lei nº 8.212/91 é apontado pelos críticos da tipicidade tributária como um elemento que valida seus argumentos. Ao que nos parece, eles até podem ter razão, mas só se consideremos uma posição mais estrita, como a de Alberto Xavier¹⁵⁹, a respeito do tema. Por outro lado, ao se analisar a legalidade tributária estrita com esse olhar voltado à sua finalidade, que é a de ser um elemento atribuidor de segurança jurídica às relações tributárias, o princípio foi, na realidade, confirmado pelo STF.

Ora, no caso em questão, discutia-se a incompletude do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, eis que, como exposto, seria o regulamento, e não a lei, que definiria o grau de risco de cada atividade econômica. No entanto, a lei definiu com exatidão que as alíquotas possíveis seriam 1%, 2% ou 3% e o que critério que a Administração deveria *obrigatoriamente* observar para enquadrar as atividades econômicas em cada uma dessas alíquotas seria o seu grau de risco de incapacidade laborativa. Ou seja, a lei estabeleceu um critério absolutamente objetivo para a utilização do Poder Executivo, não deixando nenhuma margem de discricionariedade a ele. Ele não poderia enquadrar uma atividade de alto grau de risco na alíquota de 1%. Também não poderia premiar as atividades de menor risco dentre as com risco baixo, aplicando-lhes uma alíquota de 0,5%.

O Poder Executivo estava obrigado a seguir as alíquotas e os parâmetros dados pela lei, enquadrando as atividades de grau de risco baixo na alíquota de 1%, as de grau de risco médio na alíquota de 2% e as de grau de risco alto na alíquota de 3%. Ressalta-se que foi justamente o fato de a delegação não ser pura, mas vinculada aos estritos termos da lei, que fez o tribunal

¹⁵⁸ EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. [...] - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave”, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 343446, Rel. Ministro Carlos Veloso, 20 de março de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁵⁹ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.11, 51-52, 70-73.

decidir pela não ofensa ao princípio da legalidade estrita. Veja-se, nesse sentido, o teor do voto do Ministro Relator Carlos Veloso, nos autos do Recurso Extraordinário n. 343.446, por meio do qual o Pleno do STF decidiu a questão atinente à delegação ao Poder Executivo da atribuição do grau de risco atinente ao SAT:

No julgamento do RE 290.079/SC, decidimos questão semelhante. Lá, a norma primária, D.L. 1.422/75, art. 1º, § 2º, estabeleceu que a alíquota seria fixada pelo Poder Executivo observados os parâmetros e padrões postos na norma primária. No meu voto, fiz a distinção da delegação pura, que a Constituição não permite, da atribuição que a lei comete ao regulamento para a aferição de dados, em concreto, justamente para a boa aplicação da lei.¹⁶⁰

Sendo assim, caso não existisse ou não houvesse a necessidade de aplicação do princípio da legalidade tributária estrita, não haveria problemas na delegação pura. Mas como consignou o STF, só não houve violação ao princípio da estrita legalidade tributária porque a delegação foi feita de maneira condicionada.

Desse modo, conclusivamente, de um lado, reconhecemos que a determinação conceitual prévia não só não é um objetivo alcançável, como também não é suficiente para se garantir segurança jurídica ao contribuinte. De outro lado, consideramos que o ideal de cognoscibilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica não admite um estado de indeterminação total ou considerável. Como apresentado no item 3.2.1.1, para que o direito seja intelectualmente cognoscível, proporcionando segurança de conteúdo, as normas devem ser dotadas de clareza linguística e *determinabilidade*. Por conta disso, em nosso entendimento, o princípio da tipicidade tributária deve ser compreendido como um *comando de otimização* que determina que *as normas tributárias devem ser tão determinadas quanto a realidade permitir*, sob pena de diminuir, sem necessidade, a segurança jurídica do contribuinte.

No caso do princípio do não confisco, mencionado anteriormente, o grau de determinação legal possível é muito pequeno, não havendo quase nenhum espaço para que o Legislador caminhasse para além do que fez o constituinte. No caso do SAT, a lei andou até onde a realidade permitiu, tendo o Legislador definindo as alíquotas e o critério objetivo para sua aferição, mas sendo obrigado a delegar à Administração a determinação do grau de risco de cada uma das atividades econômicas desenvolvidas no país.

Vale dizer que mesmo alguns autores que se filiam à divergência aberta por Ricardo Lobo Torres quanto à inoperância do princípio da tipicidade tributária e apoiam o uso de tipos

¹⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 343.446*, Rel. Ministro Carlos Veloso, 20 de março de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>. Acesso em: 19 jul. 2021.

no lugar de conceitos na legislação tributária, concordam com a dimensão normativa de comando de otimização ora apresentada. Partindo da divisão entre princípios e regras feitas por Robert Alexy,¹⁶¹ Ricardo Lodi Ribeiro e Sérgio André Rocha consideram que a determinação da lei tributária existe enquanto princípio – isto é, enquanto mandamento de otimização que busca um estado ideal de determinabilidade –, mas não como regra. Para esses autores, a norma tributária deve ser determinável, não havendo necessidade de que seja previamente determinada. Ou melhor, a norma tributária deve ser tão determinada quanto possível, mas a utilização de conceitos abertos ou tipos não a invalida.¹⁶²

Humberto Ávila, que, em nosso entendimento, pode ser considerado um defensor da legalidade tributária estrita, também a reconhece como princípio vigente no ordenamento jurídico brasileiro, que prescreve um mandamento de otimização o qual busca um estado ideal de determinabilidade para o desenvolvimento das atividades do contribuinte. Desse modo, esse mandamento constitucional exige uma atuação legislativa garantidora de previsibilidade e mensurabilidade normativa, o que, nas palavras do autor, “só pode ser concretizado se a hipótese de incidência estiver prevista em lei formal, geral e abstrata”. Ávila reconhece que as leis não contêm as próprias decisões, já que texto de lei e norma jurídica não se confundem. Mas a lei tributária, por força do princípio da legalidade tributária estrita (ou da determinação fática, como prefere o autor), *deve* indicar os parâmetros em razão dos quais a decisão criadora da norma jurídica será tomada. Por isso, a lei tributária deve ser tão clara e determinada quanto for possível. O conteúdo da norma tributária, assim, não requer determinação prévia, mas determinabilidade.¹⁶³

Pois bem, por tudo o que foi exposto no presente tópico, tornou-se possível afirmar que o princípio da tipicidade continua válido, vigente e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ele age como um mandamento de otimização que busca um estado ideal de determinabilidade normativa, como elemento atribuidor de segurança jurídica ao direito tributário. Acolhe-se, assim, a noção de determinabilidade e afasta-se a noção de determinação prévia do direito.

¹⁶¹ Segundo teoria de Robert Alexy, os princípios se diferem das regras não por seu conteúdo valorativo, mas por sua estrutura normativa. As regras veiculam comandos concretos que devem ser implementados independentemente de qualquer circunstância, ao passo que os princípios veiculam meros comandos de otimização, a serem implementados conforme a realidade fática e normativa permitam. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-119).

¹⁶² RIBEIRO, Ricardo Lodi. Legalidade tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: _____. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 206. ROCHA, Sérgio André. *Da lei à decisão: a segurança jurídica possível na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 309-313. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 347.

Essa conclusão mostra que o princípio da legalidade tributária estrita é necessário, mas não suficiente para garantir a segurança jurídica do contribuinte em um cenário que não reconhece mais o texto da lei como sinônimo de norma jurídica. A lei dá os parâmetros, que devem ser tão determinados quanto a realidade permitir, para a construção da norma, mediante atividade interpretativa do aplicador. Mas sozinha, ela não é capaz de garantir segurança jurídica ao contribuinte, como a doutrina já pressupôs.

Indaga-se, então: como garantir a segurança jurídica frente a essa nova realidade do direito contemporâneo, em que a interpretação tem papel fundamental na construção da norma jurídica?

3.5 Olhando para a realidade de hoje: necessidade de mecanismos que façam a legalidade tributária estrita alcançar seus objetivos

No tópico anterior, apresentamos alguns autores que se contrapõem à doutrina majoritária do direito tributário brasileiro, a qual enxerga no princípio da tipicidade (determinação conceitual prévia) o caminho para que haja segurança jurídica nesse ramo do direito. Para esses autores, a crença de que a determinação conceitual prévia levaria à segurança jurídica seria uma ilusão, eis que a linguagem é naturalmente indeterminada. Em razão disso, eles defendem que o princípio da tipicidade fechada tem pouca ou nenhuma utilidade prática e não deveria ter aceitabilidade teórica.

Conforme expusemos, concordamos parcialmente com as críticas feitas por essa doutrina, mas discordamos da conclusão alcançada por ela. Em nossa visão, o princípio da tipicidade vige no ordenamento jurídico brasileiro como um comando de otimização que busca um ideal de determinabilidade normativa: a lei deve ser tão determinada quanto for possível, reduzindo ao mínimo as possibilidades interpretativas. Essa é uma exigência do ideal de cognoscibilidade do direito, buscado pelo princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, concordamos com as críticas quanto à capacidade do princípio da tipicidade de, sozinho, garantir segurança jurídica em matéria tributária. Reconhecemos que por mais determinados que sejam os aspectos da lei tributária, ainda assim haverá divergências interpretativas, eis que a construção normativa não depende apenas do texto, mas também do contexto.

Em razão disso, propusemo-nos a encontrar mecanismos de controle que permitam ao direito tributário alcançar o ideal de cognoscibilidade próximo ao que é almejado pelo princípio da tipicidade fechada.

Como exposto no tópico anterior, Humberto Ávila é um dos autores que vê o princípio da tipicidade tributária como um mandamento de otimização vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor, a tipicidade é necessária, mas não suficiente para garantir a segurança jurídica no campo tributário, sendo necessários outros instrumentos de controle para tanto. Nesse sentido, Ávila considera que esses mecanismos de controle devem ser semântico-argumentativos. O controle semântico decorre justamente da noção de determinabilidade, que tem por função reduzir as hipóteses interpretativas a um número pequeno e não muito dissonante de alternativas, afastando interpretações semanticamente impossíveis. Dentre as interpretações semanticamente possíveis, aquela mais adequada será aferida pela via argumentativa, isto é, pelo processo dialético, pautado pela argumentação racional e coerente das partes envolvidas, levando em conta texto e contexto. Ou seja, por meio do processo.¹⁶⁴

Tercio Sampaio Ferraz Junior ensina que argumentar significa fornecer motivos e razões. Ensina também que “a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão de sua legitimidade”. A decisão jurídica exige um discurso racional e, portanto, fundamentado. A fundamentação torna-se, assim, justamente, o meio para o controle da arbitrariedade decisória.¹⁶⁵

Nesse novo mundo, a segurança jurídica tributária deixa de ter seu núcleo no fator linguístico, baseado na determinação prévia das hipóteses de incidência tributária, e passa a centrar-se no processo de argumentação. A segurança jurídica deixa de ser vista como algo pronto e passa a ser vista como algo a ser construído pelos agentes envolvidos no fenômeno da tributação. A “certeza semântica” dá lugar à “controlabilidade argumentativa” e a “garantia de conteúdo” dá lugar à “garantia de respeito”. Com essa mudança de paradigma, a arbitrariedade estatal no campo tributário passa a ter menos relação com as possibilidades semânticas da norma e passa a ter uma relação mais próxima com a possibilidade de a aplicação da lei ser argumentativamente questionada. Desse modo, a aplicação da lei passa a ser considerada arbitrária (i) se não houver meios idôneos de se questioná-la, por meio da apresentação de argumentos racionais a um Poder Judiciário independente, apto a avaliar e responder esse questionamento também por meio de fundamentação racional; ou (ii) se a decisão não for fundamentada racionalmente.¹⁶⁶

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 289-291.

¹⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 275, 286-287, 294.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 290.

O processo torna-se, assim, na realidade contemporânea, o protagonista quando o assunto é segurança jurídica tributária. É no curso do processo que o controle racional dos argumentos das partes envolvidas no fenômeno tributário será feito. É no processo que estas poderão construir um discurso racional capaz de garantir acesso às razões que motivaram a construção normativa e fática que fizeram, permitindo que elas sejam avaliadas e confirmadas ou infirmadas, também por meio da utilização de discurso racional.¹⁶⁷

Ao se tornar protagonista no direito contemporâneo, o processo, leva consigo a jurisprudência ao protagonismo. Se é no processo que o conteúdo da norma será construído a partir dos dados legislativos, são as decisões judiciais que revelarão o resultado desta construção.

Nessa nova paisagem jurídica, em que o foco do controle da juridicidade da incidência tributária sai do campo semântico e fixa-se no campo argumentativo, as decisões passam a exercer controle sobre elas mesmas, ao revelarem qual foi o caminho argumentativo acatado pelo Poder Judiciário. Se em uma decisão D sobre um conflito C, o raciocínio argumentativo X foi acatado e em uma decisão D' sobre um conflito com as mesmas características de C, o raciocínio argumentativo acatado é Y, surge um problema no seio do direito. A segurança jurídica e a igualdade exigem que casos iguais recebam a mesma resposta. Dessa forma, as duas decisões não podem coexistir.

Como pondera Renato Becho, em razão da valorização do momento argumentativo do direito, as decisões passam a causar expectativa de direito na comunidade, tornando-se a jurisprudência uma fonte do direito.¹⁶⁸ Assim, as decisões judiciais que, na tradição do *civil law*, sempre foram vistas como meros atos de aplicação do direito, passam, assim, a ser vistas como atos de criação deste, assumindo a feição e o papel de normas gerais e abstratas.

Ao tratar do assunto, Misabel Derzi, por exemplo, reconhece que o pensamento e a técnica jurídica evoluíram, passando a fazer uso mais frequentemente do pensamento tipológico do que do conceitual, mesmo em ramos em que os conceitos historicamente predominaram, como no direito penal e no tributário. A autora pondera que essa evolução do pensamento e da técnica jurídica é uma necessidade imposta pela pós-modernidade, na qual o modo de pensar kelseniano não funciona mais ante a pluralidade de fontes do direito. Nessa nova paisagem jurídica, o Poder Legislativo continua tendo um papel essencial, mas não exerce mais papel exclusivo. O direito passa a ter fontes horizontais, ordens alternativas, não hierárquicas e

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 346.

¹⁶⁸ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 53-54.

organizadas em rede. O Poder Judiciário, assim, começa a se posicionar como uma das fontes criadoras do direito nessa rede horizontalizada. Nesse novo cenário, a dogmática assume, em relação à jurisprudência, as funções de controlar a consistência das decisões, organizar a liberdade do juiz e, por meio da abstração e da universalização, constatar as relações lógicas e conceituais feitas pela decisão, a fim de formar expectativas normativas e, com isso, projetar decisões isoladas para o futuro, garantindo isonomia na solução de casos similares.¹⁶⁹

Ricardo Guastini apresenta dois sentidos que entende como plausíveis para a afirmação de que a decisão judicial cria normas jurídicas. O primeiro, que considera ser um sentido lato ou amplo, é o de que, hermeneuticamente, toda decisão concomitantemente cria e aplica o direito ao interpretar o sentido da lei. Já o segundo, seria um sentido técnico ou estrito, segundo o qual a decisão só cria direito (não apenas “extraíndo” o sentido da lei) quando efetivamente inova o ordenamento. Isso aconteceria, no entendimento do autor, por exemplo, quando se resolve uma antinomia ou se preenche uma lacuna por meio de decisão judicial.¹⁷⁰

Misabel Derzi parte desses dois sentidos visualizados por Guastini e acaba por propor um novo sentido para a afirmação de que a decisão cria direito. Conforme a autora, mesmo naqueles casos em que o Poder Judiciário não está preenchendo uma lacuna – e, assim, não estaria criando direito – ou seja, nos casos em que o juiz estaria apenas escolhendo um dos sentidos previamente autorizados pelo legislador, o Judiciário está criando uma norma específica para aquele caso *e fechando as demais alternativas interpretativas postas pelo legislador*, que anteriormente à tomada de decisão eram possíveis. Além disso, a escolha do conteúdo da norma, com a consequente exclusão dos demais conteúdos possíveis para o caso concreto, tem potencial de ser aplicada à totalidade do grupo de casos que tratem daquele mesmo conflito. Assim, “desde o momento de tal fechamento, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador [...] concretiza-se e fixa-se em certo sentido único, criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos”. Dessa forma, “se, supervenientemente, o Poder Judiciário altera e muda sua decisão, escolhendo uma outra alternativa [...] cria nova norma, específica e determinada. Tal norma equivale a uma nova lei, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, sido dotada de um só conteúdo”.¹⁷¹

¹⁶⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 99-100, 103-105, 174.

¹⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 215-226

¹⁷¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 188-189.

Em sentido semelhante, ao analisar a aplicabilidade do princípio da irretroatividade da lei tributária à jurisprudência, Tercio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que as leis emanadas pelo Poder Legislativo, via de regra, comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Desse modo, sendo o direito um sistema, há de se entender “que a irretroatividade das leis refere-se à lei *conforme uma de suas interpretações possíveis*”. Desse modo, se a interpretação é alterada, a própria lei se altera.¹⁷² Em razão disso, o autor enxerga a jurisprudência como direito vigente.¹⁷³

Roque Carrazza, ainda que não expressamente, em nossa visão, também reconhece a força criativa da jurisprudência no sentido apresentado por Misabel Derzi ao afirmar que a irretroatividade tributária deve recair sobre o direito como um todo e não apenas sobre a lei, sob pena de frustrar as expectativas normativas dos contribuintes criadas pela jurisprudência e negar segurança jurídica ao sistema. Carrazza chega a afirmar que “é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis”, porque é a jurisprudência que faz chegar às pessoas “o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais ou infralegais”, as quais não preexistem à interpretação.¹⁷⁴

Nelson Nery Junior, ainda que em uma visão mais próxima ao sentido estrito apresentado por Guastini, afirma que “a construção do direito por intermédio da reiteração das decisões judiciais, notadamente da jurisprudência dos tribunais superiores, já é realidade no mundo e no Brasil”.¹⁷⁵

Vê-se, assim, que há largo amparo doutrinário para sustentar a jurisprudência como uma fonte do direito contemporâneo, na medida em que ela se tornou, nessa nova realidade, um elemento que não pode ser desconsiderado na formação da norma jurídica.

O reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito cria a necessidade de novos mecanismos de controle para a criação e, em especial, para as alterações na jurisprudência. Essa preocupação é externada, por exemplo, por Heleno Torres, que reconhece a jurisprudência como fonte do direito tributário, mas adverte que é necessário ter cautelas quanto a isso, a fim de não se mitigar o princípio da legalidade:

¹⁷² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In _____. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 11.

¹⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In _____. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 13-15.

¹⁷⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. _____. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 48, 56, 62-64.

¹⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antonio. _____. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 82.

O avanço dos precedentes como fonte do direito é um fenômeno complexo e que tem recebido rápida difusão em muitos países. Entretanto, notável importância da introdução dos precedentes como fontes do Direito Tributário requer igualmente cautelas para evitar que o princípio da legalidade tributária seja mitigado pelo direito julgado nos tribunais. Os princípios democrático e republicano que definem as bases constitucionais das relações entre poderes e fontes do direito só podem ser efetivos onde prevaleça o império da legalidade. De qualquer modo, a consolidação da jurisprudência e os precedentes, se bem empregados, podem ser meios fundamentais de segurança jurídica para a efetividade dos direitos e liberdades do Estado Democrático de Direito, pela conexão entre realidade, práxis jurídica e estabilidade das expectativas jurídicas na sociedade complexa¹⁷⁶

Essa necessidade de mecanismos de controle da jurisprudência também é um ponto verificado por Sérgio André Rocha. O autor considera, inclusive, que apesar de necessária, essa mudança do foco do direito tributário do momento da produção normativa para o momento da interpretação e aplicação da norma tem gerado sérios problemas de segurança jurídica em matéria tributária. Para o autor, é justamente o sistema de solução de controvérsias de natureza tributária, ou melhor, a falta de critérios de controle nesse sistema, que configura, atualmente, o principal foco de insegurança jurídica no direito tributário brasileiro.¹⁷⁷

Renato Becho também identifica que, nesta nova paisagem, em que a jurisprudência assume papel de protagonismo do direito tributário, a falta de controles adequados tem levado a uma série de problemas, tais quais o desprestígio do princípio da legalidade, da segurança jurídica e do próprio respeito ao Estado de Direito.¹⁷⁸

Diante de todos os problemas apontados pela doutrina, ocasionados pelo deslocamento das linhas da paisagem jurídica tributária brasileira, até mesmo para nos mantermos dentro dos limites do recorte metodológico escolhido para este trabalho, analisamos apenas um desses problemas. Esse problema consiste na falta de controles para o novo papel de protagonismos que a jurisprudência encontrou dentro do direito tributário: as mudanças jurisprudenciais.

A este respeito, Renato Becho relembra que o ordenamento jurídico brasileiro foi construído sob um viés positivista, que via nas decisões meros atos de aplicação do direito, sem conteúdo criativo, portanto. Desse modo, o sistema tributário nacional preparou-se para as alterações da legislação (princípios constitucionais da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária), bem como para alterações do entendimento das autoridades

¹⁷⁶ TORES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 391.

¹⁷⁷ ROCHA, Sérgio André. *Da lei à decisão: a segurança jurídica possível na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 50.

¹⁷⁸ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 45.

administrativas (art. 146 do CTN). Todavia, o ordenamento foi silente quanto aos efeitos das alterações da jurisprudência.¹⁷⁹

A nossa impressão, corroborada por algumas das opiniões doutrinárias mencionadas ao longo do presente capítulo, é a de que esse silêncio normativo gerou uma situação em que a jurisprudência se tornou demasiadamente instável e, por conseguinte, insegura. Os grandes temas tributários são decididos pelos tribunais superiores, mas não se sabe se aquela decisão será ou não definitiva. A sensação geral é de insegurança para os contribuintes.

No entanto, diante de tudo o que foi exposto ao longo deste capítulo, não nos parece que esse silêncio normativo a respeito das modificações na jurisprudência possa servir de justificativa para as constantes modificações jurisprudenciais em matéria tributária. O princípio da segurança jurídica prescreve um comando de otimização que busca atingir um estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade não apenas da lei, mas de todo o ordenamento jurídico, incluindo-se nele a jurisprudência. Não se pode admitir que o Sistema Tributário Nacional tenha instituído instrumentos tão rigorosos para a garantia da segurança jurídica, como o princípio da legalidade tributária estrita, e permita que, no momento da aplicação da lei, esses instrumentos de controle sejam ignorados. A nosso ver, o que falta não é nem sequer a criação de mecanismos de controle para as modificações jurisprudenciais, mas sim, a estruturação doutrinária dos controles já existentes em nosso ordenamento jurídico, pautados no sobreprincípio da segurança jurídica.

Dessa forma, a fim de propor uma forma de organização desses mecanismos de controle para as alterações jurisprudenciais em matéria tributária, reputamos conveniente analisar como lidam com essa situação os países que construíram sua cultura jurídica pautada no *common law* e, assim, reconhecem há mais tempo que nós o papel criativo da jurisprudência. A análise em questão não tem, de forma alguma, a intenção de importar indistintamente institutos do direito estrangeiro para a realidade e as peculiaridades brasileiras. O objetivo dessa análise é apenas verificar se a segurança jurídica em matéria tributária é um valor importante para os países que adotaram *common law* e como eles lidam com as mudanças jurisprudenciais.

3.6 Considerações conclusivas do capítulo

Ao longo deste capítulo, buscamos apresentar (i) qual é a importância e o conteúdo do princípio da segurança jurídica; (ii) como os países cuja tradição jurídica se desenvolveu sob a

¹⁷⁹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 45.

influência do *civil law* se pautaram no princípio da legalidade para obterem segurança jurídica; e (iii) como o sistema constitucional tributário brasileiro buscou reforçar a segurança jurídica em matéria tributária por meio do princípio da legalidade tributária estrita. A partir daí, (iv) analisamos se o princípio da legalidade tributária estrita alcançou seu objetivo de reforçar a segurança jurídica em matéria tributária, chegando a uma conclusão negativa; e (iv) constatamos que são necessários mecanismos de controle sobre a atividade interpretativa do direito (jurisprudência) para que haja um mínimo de segurança jurídica em matéria tributária no Brasil.

Verificamos que a segurança jurídica pode ser considerada um valor supremo e até mesmo a finalidade da instituição de um estado de direito. Mostramos também que a segurança jurídica é um mandamento de otimização que almeja um estado ideal em que o direito é cognoscível, confiável e calculável, garantindo a liberdade de ação do indivíduo perante outros indivíduos e perante o Estado.

O caminho encontrado pelos países que construíram sua cultura jurídica pautada no *civil law* para obter segurança jurídica foi por meio do princípio da legalidade. Por força do princípio da legalidade, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Isso garante não só que o Estado ou o governante, não possa restringir a liberdade dos indivíduos de forma arbitrária, como também garante o direito de autodeterminação, na medida em que a liberdade dos indivíduos só poderá ser restringida pelo parlamento, composto de representantes desses indivíduos. Em matéria tributária, isso significa que os tributos não serão impostos pelo Estado, mas determinados pelo próprio povo.

No Brasil, esse ideal de combate à arbitrariedade estatal por meio da autotributação foi elevado à potência máxima pelo princípio da legalidade tributária estrita, também chamada de tipicidade tributária ou ainda de princípio da determinação conceitual. Esse princípio determina que não só os tributos apenas podem ser instituídos ou majorados por lei, como exige que todos os aspectos da hipótese de incidência tributária e elementos correlatos de cunho processual e procedimental estejam prescritos de forma detalhada na lei instituidora ou majoradora do tributo.

Vimos, no entanto, que parcela da doutrina discorda do conteúdo ou da força do princípio em questão frente à realidade atual. Para ela, como a linguagem é naturalmente imprecisa e como lei e norma não são sinônimos, a exigência de determinação conceitual não seria um elemento necessário ou útil para se atingir o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica.

Demos parcial razão a essa doutrina. Concluímos que, no atual patamar de desenvolvimento da ciência jurídica, em que se reconhece o poder criativo da jurisprudência, o princípio da tipicidade tributária não é mais suficiente para garantir a segurança jurídica em matéria tributária. Contudo, esse princípio continua sendo extremamente importante, na medida em que o aspecto semântico ainda é um fator essencial para a redução de ambiguidades e, assim, para se alcançar o estado ideal de cognoscibilidade do direito.

Em razão da insuficiência do princípio da legalidade tributária estrita para garantir segurança jurídica em matéria tributária, concluímos que é necessário encontrar novos mecanismos de controle cabíveis no momento de aplicação do direito pelos juízes. Em razão da amplitude da análise que o desenvolvimento desses mecanismos de controle exigiria, optamos por fazer um recorte metodológico e analisar apenas um dos aspectos: as modificações da jurisprudência em matéria tributária.

Para iniciar a análise sobre a segurança jurídica frente às alterações jurisprudenciais, reputamos conveniente analisar como os ordenamentos jurídicos construídos sob a influência do *common law*, que reconhecem há muito mais tempo que nós o papel criativo da jurisprudência, lidam com essa situação. Reiteramos que a análise em questão não tem, de forma alguma, a intenção de importar indistintamente institutos do direito estrangeiro para a realidade e as peculiaridades brasileiras. O objetivo dessa análise é apenas verificar se a segurança jurídica em matéria tributária é um valor importante para os países que adotaram *common law* e como eles lidam com as mudanças jurisprudenciais. Concluída a análise, pretendemos verificar se os mecanismos utilizados pelos países em questão são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

4 SEGURANÇA JURÍDICA NO *COMMON LAW* (A EXPERIÊNCIA DE QUEM JÁ LEVA EM CONTA O PAPEL CRIATIVO DA JURISPRUDÊNCIA HÁ MUITO TEMPO): A TEORIA DOS PRECEDENTES E O *STARE DECISIS*

4.1 O *common law* e a necessidade de um mecanismo que lhe atribuísse segurança jurídica: a teoria dos precedentes e o *stare decisis*

4.1.1 Origem e evolução da teoria dos precedentes: dos *law reports* ao *stare decisis*

Diferentemente do que ocorreu na Europa continental e nos países cujos sistemas jurídicos foram por ela influenciados, na Inglaterra e em alguns outros países, o direito legislado não teve proeminência. Nesses países, a base primordial do direito continuaram sendo os usos e costumes, daí a origem do nome *common law*.

Nesses países, o movimento de codificação do direito, que acontecia na Europa continental, não floresceu, e os negócios jurídicos continuaram sendo feitos com base em princípios gerais e nos costumes. Com efeito, quando uma lide nascia e era levada ao Judiciário, era nos princípios gerais e nos costumes, que os julgadores iam buscar os fundamentos para julgar o caso.

O sistema jurídico inglês sofreu fortes críticas pelo pensamento iluminista, que o acusava de não ser um sistema formalmente racional, fato que o tornava menos previsível que os sistemas legislados.¹⁸⁰ Como exposto no capítulo anterior, uma das faces da segurança jurídica é prospectiva, representada pelo estado ideal de calculabilidade, que pressupõe uma razoável previsibilidade quanto aos efeitos futuros dos atos praticados no presente. Esse estado ideal de calculabilidade, defendiam os iluministas, só seria alcançado se o direito fosse definido *a priori* por meio das leis escritas. Dessa forma, a falta de um direito legislado tornaria o *common law* um sistema formalmente irracional e a falta de racionalidade tornaria esse sistema inapto a trazer segurança jurídica à sociedade, já que os efeitos dos atos praticados seriam imprevisíveis ou menos previsíveis que num sistema entendido por eles como mais avançado em termos de racionalidade e previsibilidade, como o *civil law*.¹⁸¹

¹⁸⁰ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The path of the law*. The Floating Press, 2009. p. 35. POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. *Columbia Law Review*. v. 8, n. 8, p. 605, dez. 1908. p. 605-623. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1108954>. Acesso em: 24 jul. 2021. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004. v.2. p. 150.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016. p. 41-43.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni explica, para o pensamento majoritário na época, *o civil law*, com seu direito legislado, seria o ápice da racionalidade jurídica. Conforme a concepção daquele momento histórico, apresentada de forma mais detida no capítulo anterior, no *civil law*, caberia aos juízes serem a “boca a lei”, na medida em que a resposta a toda questão jurídica já teria sido respondida *a priori* pelo legislador, quando da promulgação da lei escrita. Por outro lado, no *common law*, ante a falta de direito legislado, caberia ao juiz, diante do fato concreto – *a posteriori*, portanto – construir a norma jurídica a partir dos costumes, dos princípios gerais do direito e da própria razão. No *common law*, portanto, a norma era construída ou revelada – a depender da corrente doutrinária¹⁸² – posteriormente ao fato jurídico concreto. Diante dessa premissa, o cidadão inserido em uma sociedade que adotasse o *civil law* teria conhecimento prévio dos efeitos de seus atos, ao passo que o cidadão do *common law* não os conheceriam previamente. O *common law* seria, assim, menos previsível que o *civil law* e, conseqüentemente, menos apto a entregar segurança jurídica à sociedade.¹⁸³

É importante destacar que essas críticas quanto à menor racionalidade do *common law* se comparado ao *civil law* tinha origem não só nos filósofos e juristas da Europa continental, mas também de pensadores das ilhas britânicas, como Jeremy Bentham e John Austin, entre outros.¹⁸⁴ Esses críticos fizeram-se ouvidos e a Inglaterra acabou adotando medidas para tornar seu sistema jurídico mais racional e previsível. A resposta encontrada pela *common law*, no entanto, não foi a codificação de sua legislação, mas a sistematização da teoria dos precedentes.¹⁸⁵

Frederick Pollock, jurista inglês que viveu entre 1845 e 1937, explica que o ato de apresentar precedentes às cortes de justiça já era realizado no antigo direito romano. No entanto, esses precedentes tinham um poder apenas persuasivo, não havendo obrigatoriedade de que fossem seguidos. E assim também aconteceu no direito inglês primitivo por longos séculos.¹⁸⁶

¹⁸² Os realistas jurídicos moderados consideram que o julgador apenas revela o direito, ao passo que os realistas jurídicos ditos radicais consideram que o juiz cria o direito (BEHCO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 190-191.).

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 37. BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71.

¹⁸⁴ BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation In: MILL John Stuart. *The utilitarians*: Nova Iorque: Dolphin Books, 1961. p. 14-15, 297-298. Disponível em: <https://archive.org/details/utilitarians00bent/page/n3/mode/2up>. Acesso em: 18 set. 2021. AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Londres: John Murray, 1832. p. 27-29, 248. Disponível em: <https://archive.org/details/provincejurispr02austgoog/page/n5/mode/2up?view=theater>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 41.

¹⁸⁶ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 275. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

Com o passar dos anos, tornou-se prática comum na Inglaterra a elaboração, divulgação e, posteriormente, a sistematização de *law reports*, relatórios ou reportagens dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário. De acordo com Pollock, já no século XIII, Henry of Bracton, outro jurista e magistrado inglês, elaborava *law reports* com as decisões tomadas pelas cortes inglesas cujos julgamentos acompanhava. Até então, no entanto, essas decisões não tinham – ou, ao menos, não há registros nesse sentido – nenhum poder vinculante sobre as decisões futuras.¹⁸⁷ Carleton Kemp Allen, outro jurista inglês, explica que além elaborar os *law reports*, Henry of Bracton adotava a análise de precedentes como método de julgamento. Não se sabe, todavia, ante a ausência de registros confiáveis, se essa tendência foi por ele inaugurada ou se ele apenas a seguiu.¹⁸⁸

Vale ressaltar, todavia, que a divulgação sistemática dos *law reports* deu publicidade aos julgamentos. Os *law reports* tornaram-se, assim, responsáveis por catalogar e divulgar à sociedade britânica qual era a interpretação que os tribunais davam ao direito comum. Em razão disso, eles passaram, paulatinamente, a fazer parte do direito inglês, servindo de orientação aos advogados e à população em geral.¹⁸⁹

No século XIV, surgem os primeiros registros de manifestações de integrantes do Poder Judiciário inglês, sustentando que, sendo recebidas com ares de autoridade pelos advogados e pela sociedade britânica como um todo, as decisões catalogadas nos *law reports* deveriam ser vinculantes para o futuro.¹⁹⁰ Ainda, conforme Pollock, há registros de um julgamento realizado em 1455, em que se decidiu aplicar um precedente, ainda que a maioria do colegiado discordasse da decisão então tomada.¹⁹¹

Assim, pouco a pouco, apesar da inexistência de uma norma positivada nesse sentido, a prática judiciária inglesa começou a dar cada vez mais valor aos precedentes. Conforme Carleton Allen, no final do século XVIII, nenhum juiz inglês sentia-se vinculado por uma

¹⁸⁷ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 301. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁸⁸ ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 124-125. Disponível em <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁸⁹ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 301-303. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁹⁰ Conforme Frederick Pollock, essas manifestações foram proferidas por William de Herle, que se tornou juiz em 1320 e chegou a alcançar o posto de *Chief Justice* da Câmara dos Comuns.

¹⁹¹ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 301-303. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

decisão precedente, qualquer que fosse o tribunal que a proferira. No entanto, a aplicação de precedentes já tinha força e era constante.¹⁹²

Com o passar dos anos, já no século XIX, as cortes passaram a sentir-se vinculadas aos precedentes de cortes hierarquicamente equivalentes. É importante frisar: não havia vinculação, apenas uma forte recomendação de que os precedentes da própria corte e das outras cortes de mesma hierarquia fossem respeitados¹⁹³ Explica Pollock, que esse respeito aos precedentes horizontais e aos da própria corte tem como fundamento justamente o fato de que as decisões dos tribunais serviam de orientação à sociedade quanto ao conteúdo do direito. Desse modo, em caso de alterações de entendimento, as expectativas colocadas pela sociedade nas normas reveladas pelo Poder Judiciário britânico seriam frustradas, diminuindo a racionalidade e a credibilidade daquele sistema jurídico. São neste sentido as palavras do autor:

Algumas vezes, já se pensou que os juízes seriam positivamente obrigados a seguir decisões de seus pares, isto é, as decisões de cortes de mesma hierarquia e jurisdição, a não ser obviamente se a decisão for contrária a uma decisão de uma autoridade superior. Essa foi a interpretação adotada por Sir George Jessel no início de sua carreira judicial. Mas alguns anos mais tarde, tendo aprendido que a Corte de Apelações não considerava que um juiz de primeira instância estaria tão estritamente vinculado, ele se sentiu livre para discutir o mérito de decisões prévias de cortes de mesma hierarquia e jurisdição, admitindo, todavia, que “*não existe talvez nada mais importante em nosso Direito do que o grande respeito pela autoridade de casos decididos, o que é revelado pela nossa jurisprudência*”, e que a decisão de um tribunal de mesma jurisdição precisa ser seguida “*se ela for de considerável antiguidade e tiver sido usada por advogados como a sedimentação do direito.*”¹⁹⁴ (tradução nossa, grifos nossos)

Vê-se, assim, que os juízes ingleses foram, ao longo do tempo, adquirindo a consciência de que suas manifestações geravam expectativa de orientação nos membros da sociedade. Com

¹⁹² ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 144. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁹³ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 304-306. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021. ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 132-133. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁹⁴ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 304-305. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021. No original consta: “Sometimes it has been thought that judges are positively bound to follow decisions of ‘co-ordinate authority’, that is, the decisions of courts of equal rank and exercising the same jurisdiction, unless obviously contrary to higher authority or the weight of previous equal authority. This was the view taken by the late Sir George Jessel in the earlier part of his judicial career. But some years later, having learnt that the Court of Appeal did not consider a judge of first instance to be so strictly bound, he held himself free to discuss previous decisions of co-ordinate authority on their merits, admitting, however, that ‘there is perhaps nothing more important in our law than that great respect for the authority of decided cases which is shown by our tribunals,’ and that the decision of a tribunal of co-ordinate jurisdiction ought to be followed ‘where it is of respectable age and has been used by lawyers as settling the law.’”

isso, passaram a interferir cada vez menos nas regras já interpretadas pelo Poder Judiciário, em prol de um direito estável e coerente. Vejamos, uma vez mais, como Pollock explica a questão:

Se uma decisão, ou ainda mais uma série de decisões para o mesmo efeito, *foi aceita como lei e gerou efeitos sobre muitas pessoas, e especialmente se a regra tal qual interpretada se tornou um guia para advogados e seus clientes*, as Cortes, até mesmo as Cortes de Apelação, terão cuidado para modifica-la, podendo até mesmo mantê-la, embora a análise atual mostre que foi originalmente fundada em um erro; pois a reversão de uma regra que tem sido comumente aplicada pode muito bem produzir uma quantidade de inconveniência maior do que qualquer vantagem que poderia ser esperada da restauração ou estabelecimento de uma regra mais correta em si mesma. [...] *Mesmo uma construção equivocada de uma norma deve ser mantida inalterada se ela tiver se tornado, em razão da autoridade adquirida por uma série de decisões no mesmo sentido, “uma lei que os homens sigam em suas relações diárias”*¹⁹⁵ (tradução nossa, grifos nossos)

Se as decisões da própria corte e de cortes de mesma hierarquia passaram a ser vistas como vinculantes a despeito da inexistência de uma norma positivada nesse sentido, com mais razão, as cortes deveriam estar vinculadas às decisões precedentes daquelas hierarquicamente superiores a elas. Desse modo, como afirma Pollock, pelo princípio da hierarquia, as decisões das cortes de apelação vinculam os juízos hierarquicamente inferiores a elas e as decisões das cortes superiores vinculam as cortes de apelação.¹⁹⁶

A questão de maior complexidade – e que mais nos interessa – é em relação aos tribunais superiores, que não estão hierarquicamente submetidos a nenhuma outra autoridade. Se a lógica aplicável aos demais graus de jurisdição, exposta nos parágrafos anteriores, fosse aplicável a eles, haveria uma recomendação forte para que eles seguissem seus próprios precedentes, mas não haveria vinculação a eles. A questão é complexa porque, de um lado, se houver vinculação, quando uma corte superior cometer um erro, este nunca mais poderá ser corrigido. Por outro lado, se não houver vinculação, como fica a segurança jurídica dos jurisdicionados?

Na tentativa de responder à questão, Pollock afirma que

¹⁹⁵ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 306-307. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021. No original consta: “Where a decision, or still more a series of decisions to the same effect, has accepted for law and acted upon by many persons, and especially where a rule thus arrived at has become a guide to lawyers and their clients in their dealings with property, the Courts, even Courts of Appeal, are slow to interfere with the rule, and it may perhaps be upheld although modern research has shown that it was originally founded on a mistake; for the reversal of a rule that has been commonly acted upon might well produce an amount of inconvenience greater than any advantage that could be expected from the restoration or establishment of a rule more correct in itself. [...] Even an erroneous construction of a statute may stand unreversed if it has become, on the plausible authority of a series of decisions, ‘a law which men follow in their daily dealings’.”

¹⁹⁶ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 308-309. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

atualmente [isto é, em 1896], aparenta ser mais aceita a visão, embora não seja de grande antiguidade e se apóia principalmente nas repetidas afirmações de um juiz, Lord Campbell, de que a Câmara dos Lordes [instância máxima do Poder Judiciário inglês], em sua capacidade judicial deveria se manter absolutamente vinculada por suas próprias decisões anteriores.¹⁹⁷

Na realidade, conforme Pollock, a questão foi profundamente debatida na Câmara dos Lordes por pelo menos um século¹⁹⁸ e, em 1896, como afirma o autor, “aparentemente”, a posição pela vinculação absoluta daquela corte suprema aos seus precedentes era predominante.

Na quarta edição de seu livro, datada de 1918, Pollock já altera seu discurso e afirma não mais que a posição pela vinculação da Câmara dos Lordes aos seus próprios precedentes “*aparenta ser* [a visão] mais aceita...”¹⁹⁹ (grifo nosso), tal qual consta na primeira edição, de 1896, e passa a afirmar que “no presente, *é* a visão aceita [...] de que a Câmara dos Lordes, em sua capacidade judicial deveria se manter absolutamente vinculada por suas próprias decisões anteriores”²⁰⁰ (grifo nosso).

Conforme Pollock, em 1861, a Câmara dos Lordes julgou *Beamish v. Beamish*, caso em que sedimentou o entendimento de que aquele tribunal deveria respeitar um precedente seu de 1843, ainda que a maioria do colegiado atual discordasse da decisão que fora dada. Pollock afirma que “este foi o ponto realmente decisivo em que a oportunidade de reconsideração restou perdida” e arremata asseverando que ao analisar o caso *London Street Tramways Co. vs. London Contry Council* “em 1898, a Câmara dos Lordes foi diretamente questionada e expressamente recusou-se a reconsiderar uma recente decisão sua”.²⁰¹

¹⁹⁷ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 310-311. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021. No original consta: “At present it seems to be the accepted view though it is certainly of no great antiquity and rests chiefly on the repeated assertions of one judge, Lord Campbell, that the House of Lords in its judicial capacity should hold itself absolutely bound by its own former decisions.”

¹⁹⁸ Conforme Pollock, há registros de que, em 1801, o juiz daquela corte, Lord Eldon, defendia que não deveria haver vinculação da Câmara dos Lordes às suas decisões precedentes. Em 1852, no entanto, Lord St. Leonards e Lord Campbell passaram a defender de maneira mais veemente o dever de vinculação daquele corte suprema aos seus próprios precedentes. (POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 312-313. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021).

¹⁹⁹ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. p. 310-311. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021. No original consta: “At present it seems to be the accepted view...”

²⁰⁰ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. 4. ed. Londres: MacMillan and Co., 1918. p. 331-332. Disponível em: <https://archive.org/details/firstbookofjuris00poll/page/330/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021.

²⁰¹ POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. 4. ed. Londres: MacMillan and Co., 1918. p. 334-337. Disponível em: <https://archive.org/details/firstbookofjuris00poll/page/330/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021. No original consta: “This was the really decisive point at which the opportunity of reconsideration was lost”. Vale ressaltar que outros autores do *common law*, como o australiano Carleton Kemp Allen considera que a vinculação absoluta da Câmara dos Lordes aos seus precedentes nasceu em *Tramways Co. vs. London Contry Council* em 1898, e não em *Beamish v. Beamish*, de 1961. (ALLEN, Carleton Kemp. *Law in*

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, vê-se que desde o século XIII, o direito inglês foi paulatinamente desenvolvendo e sistematizando a utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito, até chegar ao patamar do que hoje conhecemos por teoria dos precedentes. O dever de se seguir decisões precedentes decorreu, como exposto, da consciência adquirida pelo Poder Judiciário inglês de que suas manifestações passaram, ao longo do tempo, a servir como fonte de orientação para a conduta da sociedade britânica, na medida em que representava a interpretação tida, se não por correta, como oficial, pelo Estado inglês. Desse modo, ao não se seguir um precedente, poder-se-ia frustrar a expectativa legítima do povo e, assim, reduzir o nível de confiança que as pessoas tinham no Poder Judiciário e no próprio direito. O desenvolvimento da teoria dos precedentes foi, assim, guiado pela necessidade de atribuição de segurança jurídica ao direito inglês.

Influenciada ou não pelo movimento de codificação que acontecia concomitantemente no continente europeu²⁰², ao longo do século XIX, a Inglaterra discutiu profundamente como a teoria dos precedentes, desenvolvida ao longo dos quatro séculos anteriores, deveria tratar as decisões da Câmara dos Lordes, que representou, até 2009, quando foi substituída pela Suprema Corte do Reino Unido²⁰³, o mais alto patamar hierárquico do Poder Judiciário inglês, não havendo autoridade judiciária superior a ela, apta a revisar suas decisões. O resultado desse debate profundo foi a construção da regra segundo a qual a Câmara dos Lordes estaria vinculada aos próprios precedentes, de modo que aquilo que fora decidido por ela deveria permanecer como tal: *stare decisis et non quieta movere* ou, simplesmente, *stare decisis*.

O *stare decisis* é a regra segundo a qual aquilo que está decidido deve permanecer como tal e deve ser, obrigatoriamente, aplicado pelos juízes de hierarquia inferior ou igual ao tribunal

the making. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 146. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 26 de jun. 2021. Outros autores como Louis Jaques Blom-Cooper concordam que o *stare decisis* foi inaugurado em *Beamish v. Beamish* BLOM-COOPER, Louis Jacques. 1966 and all that: the story of the Practice Statement In: DICKSON, Brice. DREWRY, Gavin (org.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 128-144. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=HnS7BxLJ9DcC&pg=PA130&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true. Acesso em: 28 jul. 2021.

²⁰² Autores brasileiros, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni e americanos como W. M Lile, apontam a existência dessa correlação (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-44. LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. nov. 1916. p. 96-97. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021). No entanto, os autores de matriz inglesa consultados em nossa pesquisa não indicam a mesma correlação (POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. 4. ed. Londres: MacMillan and Co., 1918. p. 334-337. Disponível em: <https://archive.org/details/firstbookofjuris00poll/page/330/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021. ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 146. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 26 de jun. 2021).

²⁰³ REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *The Supreme Court*. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>. Acesso em: 18 set. 2021.

que gerou o precedente. Ou nas palavras de Michael Zander, “a regra do precedente vinculante é chamada *stare decisis* (mais precisamente *stare rationibus decidendis*, mantenham-se as decisões de casos precedentes)”.²⁰⁴

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a adoção do *stare decisis* contribuiu para que o *common law* pudesse conferir tratamento isonômico aos cidadãos, além de tornar-se mais previsível, entregando, assim, um nível mais elevado de segurança jurídica à sociedade. Por meio da pesquisa de precedentes, o cidadão poderia saber, de antemão, qual seria a solução aplicável pelo Poder Judiciário para o seu caso concreto.²⁰⁵

A necessidade de atribuição de maior previsibilidade ao direito também é apontada por Teresa Arruda Alvim Wambier como a razão da prática adotada pelo *common law* de se obedecer aos precedentes. Conforme a autora, a estabilidade, uniformidade e a solidez do sistema jurídico são condições para que a igualdade entre os cidadãos seja respeitada. E é justamente a igualdade o principal fundamento do sistema de precedentes vinculantes ingleses.²⁰⁶

Teresa Arruda Alvim relembra que, hoje, convivem, na Inglaterra e em outros países cuja tradição jurídica tem origem no *common law*, tanto o direito comum como o direito legislado. No entanto, tanto nas situações em que, conforme a autora, os juízes criam o direito a partir dos costumes e princípios gerais, como nos casos em que eles simplesmente aplicam o direito legislado pelo parlamento, os precedentes são vinculantes. Assim, nos casos que envolvam direito legislado, a interpretação dada à lei pelo precedente vincula a interpretação que deve ser adotada nos casos subsequentes.²⁰⁷

Apesar dos caminhos paralelos percorridos pelo *civil law* e pelo *common law*, a busca de ambos por segurança jurídica terminou em uma formulação mais ou menos semelhante. Se, de um lado, o *stare decisis* pode ser considerado o mecanismo criado pelos juristas ingleses para calibrar a *teoria dos precedentes* de modo a atribuir maior estabilidade ao *common law*, o *princípio da legalidade* pode ser considerado o mecanismo criado pelos juristas da Europa continental para calibrar a *teoria do direito positivo ou do direito legislado* de modo a atribuir maior estabilidade ao *civil law*.

²⁰⁴ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 190-191. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. Tradução nossa. No original consta: “The doctrine of binding precedent is called *stare decisis* (more precisely *stare rationibus decidendis*, keep to the decisions of past cases)”.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-44.

²⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 4-5.

²⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 5.

Com efeito, como apresentado no final do Capítulo 2 deste trabalho, durante o século XX, o mundo passou por tantas e tão consideráveis transformações que, em decorrência delas, o significado, o conteúdo e a capacidade do princípio da legalidade e o próprio positivismo jurídico de gerar segurança mudaram consideravelmente. Necessário, então, analisar se o *stare decisis* ou algum outro aspecto da teoria dos precedentes passou pelo mesmo fenômeno no período em questão.

Antes disso, no entanto, entendemos necessário fazer mais algumas breves considerações sobre a teoria dos precedentes e sobre o *stare decisis*, de modo que possamos avançar sobre terreno sólido nos próximos capítulos deste trabalho.

4.1.2 Algumas notas sobre a aplicação da teoria dos precedentes e da doutrina do *stare decisis*: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *applying* e *distinguishing*

Não temos pretensão, neste trabalho – até mesmo porque extrapolaria completamente o seu escopo – de analisar os pormenores da teoria dos precedentes nem da aplicação da regra do *stare decisis*. Entretanto, existem algumas características a seu respeito que precisam ser abordadas para o desenvolvimento dos capítulos subsequentes deste trabalho. Relembramos que o objetivo da análise que se faz neste Capítulo é compreender como os países que construíram sua tradição jurídica baseada no *common law* – e, portanto, reconhecem de longa data a jurisprudência como fonte do direito – lidam com a questão da segurança jurídica e da possibilidade de mudanças na jurisprudência. Tendo isso em vista, apresentaremos, de forma breve, algumas dessas características.

Como exposto no tópico anterior, no *common law* desenvolveu-se, desde tempos imemoriais, a prática de se apresentar precedentes às cortes julgadoras. Em seus primórdios, esses precedentes eram argumentos meramente persuasivos, mas com o passar do tempo, os juízes ingleses passaram a considerar que os resultados dos casos precedentes deveriam ser replicados aos casos presentes e futuros, como medida de isonomia e de segurança jurídica. No final do século XIX, a Câmara dos Lordes, a mais alta corte do Poder Judiciário britânico, realizou julgamento paradigmático, em que, após uma série de julgamentos em que a questão foi discutida, definiu que a corte estaria vinculada aos seus próprios precedentes. A Câmara dos Lordes entendeu que não teria liberdade para alterar seus precedentes, ainda que a maioria do tribunal entendesse que a solução dada ao caso precedente não fora a mais correta. Estava criada então a regra do *stare decisis*.

William Minor Lile, que foi professor na Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia, nos Estados Unidos, entre 1893 e 1932, explica que a regra do *stare decisis* costuma ser definida da seguinte maneira: “uma decisão de uma corte de última instância, em uma controvérsia litigiosa, sobre uma questão de direito necessariamente envolvida no julgamento, se torna um precedente naquela jurisdição, para casos subsequentes envolvendo fatos substancialmente semelhantes”. O autor pondera, contudo, que essa definição não é suficiente para explicar o conteúdo completo da regra do *stare decisis*.²⁰⁸

Para o autor, antes de compreender com precisão o que é o *stare decisis* é preciso, primeiro, entender o que é um precedente. Nesse sentido, ele explica que nem tudo o que é dito na decisão precedente torna-se um precedente para o caso em julgamento. A regra a ser aplicada no caso subsequente “não é determinada pelo que o tribunal disse, mas pelo que o tribunal necessariamente decidiu [...] Todo o resto é *dictum*”.²⁰⁹ Como explica Teresa Arruda Alvim, a regra a ser aplicada aos casos subsequentes, ou seja, a parte vinculante da decisão, ou o que “o tribunal necessariamente decidiu”, nas palavras de William Lile, é a *ratio decidendi*. Todo o resto é *dictum* ou *obter dicta*, isto é, “dito para morrer”.²¹⁰

Sobre o tema, Renato Becho esclarece que o *obter dictum* não gera precedente vinculante, mas pode gerar precedente persuasivo. Já a *ratio decidendi*, pela regra do *stare decisis*, gera precedente vinculante (em inglês, um *binding precedent*) para os órgãos de hierarquia igual ou inferior de mesma jurisdição. Além disso, ela pode gerar precedente persuasivo para os órgãos de outras jurisdições.²¹¹

William Lile acrescenta que identificação do que é *ratio decidendi* e do que é *obter dictum* em uma decisão, não é tarefa fácil. Ela exige uma análise delicada e exaustiva do caso

²⁰⁸ LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. nov. 1916. p. 97. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021. No original consta: “a decision by a court of last resort, in a litigated controversy, on a question of law necessarily involved in the judgment, becomes a precedent within that jurisdiction, for subsequent cases involving substantially similar facts”.

²⁰⁹ LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. Nov.. 1916. p. 98-99. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021. No original consta: “Clearly the decision only becomes a precedent for the point or points actually arising on the facts of the particular case, and necessary to the disposition of the case. To ascertain with nicety and precision the true import of a particular decision — what we may term the doctrine of the case — requires a careful study of the facts. This doctrine is determined not by what the court said, but what the court necessarily decided. [...] All else is dictum”.

²¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009. p. 5.

²¹¹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 158, 186.

e dos fatos a ele concernentes, a fim de se compreender qual foi o princípio que guiou a solução do caso.²¹²

As lições de Misabel Derzi parecem-nos pertinentes para se compreender a dificuldade ressaltada por William Lile para a identificação da razão de decidir (do princípio que guiou a solução do caso). A autora considera que toda decisão contém ao menos uma resposta geral a uma pergunta geral e uma resposta particular a uma pergunta particular. A questão particular e a resposta a ela correspondente dizem respeito unicamente ao caso concreto e sua extensão se limita à parte dispositiva da sentença. Entretanto, a autora ensina que “por detrás de toda sentença, existe uma questão geral, uma norma concreta judicial, que se sacou da norma legal que a fundamenta”. A autora exemplifica a questão com os Recursos Extraordinários nºs 559.882-9 e 560.626-1/RS, nos quais o STF julgou inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que prescreviam o prazo prescricional de 10 anos para a cobrança de contribuições previdenciárias. Nesses recursos extraordinários, a questão geral não tratou especificamente da inconstitucionalidade desses dois artigos de lei, mas sim que: “à luz do art. 146, III, ‘b’ da Constituição de República, somente a lei complementar pode dispor sobre decadência e prescrição para a cobrança das contribuições sociais e dos demais tributos, inclusive a definição dos prazos respectivos”.²¹³

Esse exemplo nos parece esclarecedor, além de mostrar algo muito importante destacado por Renato Becho. A identificação da *ratio decidendi* não tem nenhuma relação com as típicas divisões de uma decisão (relatório, fundamentação e dispositivo) a que a prática processual brasileira está habituada.²¹⁴ No exemplo mencionado, a *ratio decidendi* e, portanto, o que deveria formar precedente caso o *stare decisis* fosse aplicado no Brasil, é a afirmação de que “à luz do art. 146, III, ‘b’ da Constituição de República, somente a lei complementar pode dispor sobre decadência e prescrição para a cobrança das contribuições sociais e dos demais tributos, inclusive a definição dos prazos respectivos” e não o fato de os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 serem inconstitucionais. Ou seja, no caso utilizado como exemplo, o dispositivo da decisão do STF é *obiter dictum*, estando sua *ratio decidendi* espalhada pelo relatório e pela fundamentação.

²¹² LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. nov. 1916. p. 99. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021. No original consta: “The most characteristic feature of the jurisprudence of the English speaking race is the rule of ‘stare decisis’”.

²¹³ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2009. p. 258-530.

²¹⁴ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 159.

William Lile ressalta que, em grande parte das vezes, a *ratio decidendi* não estará sequer expressa na decisão precedente. Isso porque *o caso não nasce precedente*. Ele nasce decisão, feita, portanto, para dar solução ao conflito concreto já ocorrido e levado ao Poder Judiciário. Ele somente se tornará um precedente se um segundo caso, com características semelhantes às do primeiro, for levado à apreciação do Poder Judiciário, atraindo a aplicação da mesma decisão que fora aplicada ao caso precedente. Em razão disso, muitas vezes, o que está expresso na decisão é *dictum* e a *ratio decidendi* está implícita.²¹⁵ Vê-se, assim, como destaca, Melvin Aron Eisenberg, que, em regra, será a “segunda decisão” que delimitará qual foi a *ratio decidendi* da decisão precedente.²¹⁶

Pois bem, uma vez localizada ou estabelecida a *ratio decidendi* do precedente, por força do *stare decisis*, a regra será sua aplicação (*applying*). Esta se dará, em linhas gerais²¹⁷, por analogia ou por similaridade.²¹⁸ Caso o juiz entenda que há similaridade, deve seguir o precedente e aplicar a mesma regra decisória ao caso atual.²¹⁹

Os autores estrangeiros inseridos no ambiente do *common law* destacam que não existe nenhuma norma que imponha penalidade ao juiz ou ao tribunal que não siga os precedentes vinculantes no direito inglês nem no direito norte-americano. William Lile, inclusive afirma que se, de boa-fé, um juiz do *common law* acreditar que o precedente não representa os princípios gerais do direito, ele vai decidir contrariamente ao precedente, o que chamará a

²¹⁵ LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. nov. 1916. p. 98. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²¹⁶ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 50-51. Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

²¹⁷ Falamos em linhas gerais porque os doutrinadores inseridos no universo do *common law*, categorizam ao menos três formas de se aplicar um precedente. Melvin Eisenberg, por exemplo, compreende que a aplicação pode se dar: (i) *por uma aproximação ou analogia minimalista* (no original: *minimalista approach*), segundo a qual a regra estabelecida corresponde ao princípio informador da decisão, ou sua *ratio decidendi*, conforme apresentado supra; (ii) *por uma aproximação centrada no resultado* (no original: *result-centered approach*), situação em que a regra estabelecida pelo precedente pode ser identificada não pelo princípio informador da decisão, mas pela semelhança entre os fatos do caso precedente e os casos do caso atual; e (iii) *por uma aproximação por enunciado ou pela regra enunciada* (no original: *announcement approach*), segundo o qual a regra de um precedente consiste na decisão que este toma (e não por seus fundamentos). (EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 50-56 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.). Bankowski, MacCormick, Moranwski e Miguel também classificam as formas de aplicação do precedente em três categorias: (i) o *modelo de analogia particular* (no original: *model of particular analogy*) segundo o qual a *decisão* (e não os fundamentos) de um caso precedente é replicada; (ii) o *modelo de declaração da regra*, que parte da identificação da *ratio decidendi*; e (iii) o *modelo de exemplificação de princípios* (no original: *the principle-exemplifying model*), em que o precedente é usado para demonstrar a extensão de determinado princípio de direito. (BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (Coords.). *Interpreting precedents*. Nova Iorque: Routledge, 2016. p. 497).

²¹⁸ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 158, 186.

²¹⁹ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 190. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

atenção das cortes a que está subordinado para aquela questão. Assim, conforme o autor, o que faz com que os precedentes sejam seguidos é a consciência dos juízes e tribunais de hierarquia inferior de que suas decisões contrárias a precedentes serão reformadas e o senso de que o Poder Judiciário deve contribuir para a estabilidade, e não para a instabilidade do direito.²²⁰

Todavia, pode acontecer de não existir um precedente, ou ainda que os precedentes apresentados pelas partes não tenham similaridade com o caso em julgamento. Na primeira hipótese, o juiz buscará decidir conforme os costumes e os princípios gerais do direito. Na segunda, o juiz terá que fazer o *distinguishing*, demonstrando, fundamentadamente, que o precedente que aparentemente resolveria o caso envolve questão de fato ou de direito distinta da questão a ser resolvida no caso atual.²²¹

Como aponta Renato Becho, além das situações supramencionadas, poderia ocorrer ainda a hipótese de existir uma decisão que, em tese, configuraria um precedente aplicável ao caso atual, mas tal decisão acabar sendo considerada uma decisão *per incuriam*. Trataremos de forma mais detida dessas decisões no tópico seguinte, mas, em linhas gerais, uma decisão *per incuriam* é uma decisão considerada descuidada por ter, por exemplo, deixado de levar em consideração uma lei ou um precedente anterior, que não poderia ter sido desprezado. Em razão dessa circunstância, uma decisão considerada *per incuriam* não configura um precedente e, assim, não é passível de aplicação.²²²

Com exceção dessas hipóteses, havendo um precedente aplicável, a regra do *stare decisis* determinava sua aplicação obrigatória e a impossibilidade de sua revisão.

Desse modo, o *common law*, que nascera como um direito de cunho eminentemente racional, pautado nos costumes e nos princípios gerais do direito, assumiu um caráter estritamente positivista. O direito posto pelo tribunal deveria ser simplesmente aplicado, independentemente de a norma ser justa ou injusta, razoável ou irrazoável. Essa atitude levou o *common law* a um momento de crise de legitimidade, em que se tornou necessário discutir a flexibilização da regra do *stare decisis*.

²²⁰ LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4, p.95-113. nov. 1916. p. 101-102. Disponível em <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em 26 jun. 2021. No mesmo sentido: CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *In Stanford Law Review*. Stanford: Stanford University, 1994, v. 46, n. 4., p. 818-819.

²²¹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 160, 164.

²²² BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 159-166.

4.2 Teoria dos precedentes, direito e sociedade: a necessidade de flexibilização do *stare decisis*

4.2.1 A crise do *stare decisis*

Como exposto no item 3.1, ao longo do século XIX, a Inglaterra discutiu como seria possível aumentar o nível de segurança jurídica da teoria dos precedentes, de modo que trouxesse mais estabilidade para seu sistema jurídico. O resultado dessa discussão foi o estabelecimento, em 1898, de uma regra segundo a qual a Câmara dos Lordes estaria vinculada aos próprios precedentes. Assim, aquilo que fora decidido deveria permanecer como tal: *stare decisis et non quieta movere* ou, simplesmente, *stare decisis*.

Pouco mais de um século depois da afirmação da regra do *stare decisis* pela Câmara dos Lordes, esta já era vista como “o traço mais característico do direito dos povos falantes da língua inglesa”, como asseverou William Lile, em artigo publicado em 1916.²²³ Apesar disso, como revela o autor, algumas críticas já eram feitas à absoluta rigidez dessa doutrina. Essas críticas eram pautadas no fundamento de que a doutrina do *stare decisis* pressupunha que as cortes de última instância jamais errariam, ou então lhes negaria o direito de se corrigir, impedindo que o direito evoluísse, acompanhando a evolução da sociedade. Conforme pontua o autor:

Negar este direito e este dever aos tribunais é condenar os métodos pelos quais o direito comum de nossos dias, apesar de suas muitas inconsistências, tornou-se, o que sabemos ser, um esplêndido sistema de jurisprudência e maravilhosamente adequado ao gênio de nosso povo. Uma característica marcante do *common law* é sua elasticidade e sua capacidade de se moldar e ajustar-se a novas necessidades e novas condições e, assim, por crescimento constante, sem pressa mas sem descanso, para acompanhar o ritmo da opinião pública esclarecida do povo por quem e para quem foi criado. [...]

A negação desta função judicial de romper com as tradições antigas teria deixado a lei não escrita de nossos dias atuais como era na idade das trevas, e ainda devemos nos encontrar governados pelas crues concepções legais prevaletentes na época de julgamento por batalha ou a provação de fogo. Nosso *common law* hoje não é o *common law* dos dias de Lord Coke, nem dos dias de Blackstone, nem mesmo de nossos antepassados imediatos. Conforme expresso pelo Sr. Justice Holmes, nossa *common law* "está sempre se aproximando e nunca alcançando a consistência. Está sempre adotando novos princípios da vida de um lado e sempre retém os antigos da história do outro, que não o fizeram. ainda assim foi descartado. Será inteiramente consistente apenas quando parar de crescer.".²²⁴ (tradução nossa)

²²³ LILE, William Minor. Some Views on the rule of *stare decisis*. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. Nov. 1916. p. 95. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021. No original consta: “The most characteristic feature of the jurisprudence of the English speaking race is the rule of ‘*stare decisis*’”.

²²⁴ LILE, William Minor. Some Views on the rule of *stare decisis*. *Virginia Law Review*. v. 4. p. 95-113. nov.. 1916. p. 105-106. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021. No original consta: “To deny this right and this duty to the courts is to condemn the methods by which the common law of our day, in spite of its many inconsistencies, has become, what we know it to be, a splendid system

De forma semelhante, Michael Zander confirma que nas décadas seguintes ao seu estabelecimento pela Câmara dos Lordes, o *stare decisis* tornou-se uma regra sólida na teoria dos precedentes. Apesar disso, críticas eram feitas de tempos em tempos.²²⁵

Louis Jacques Blom-Cooper já é mais enfático e afirma que desde sua afirmação no final do século XIX, o *stare decisis* sofreu tão severas críticas acadêmicas que era uma questão de tempo até que a regra caísse. O autor pontua que, a partir de 1943, uma série de julgamentos realizados pela Câmara dos Lordes já sinalizava que não demoraria para que houvesse uma mudança para flexibilizar o *stare decisis*.²²⁶

Com efeito, em razão dessas críticas, depois de profundas discussões, em 1966, a Câmara dos Lordes publicou um comunicado (*Practice Statement*), anunciando que poderia passar a revisar seus próprios precedentes *nas situações em que entendesse razoável*:

Suas Senhorias consideram o uso de precedentes como uma base indispensável para se decidir o que é o direito e sua aplicação a casos individuais. Isso fornece pelo menos algum grau de certeza em que os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de normas jurídicas. Suas Senhorias, no entanto, reconhecem que o cumprimento muito rígido do precedente pode levar à injustiça em um caso específico e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do Direito. Eles propõem, portanto, modificar sua prática atual e, continuar tratando as decisões anteriores desta Câmara como normalmente vinculativas, mas permitindo-se afastar de uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo.

A este respeito, terão em conta o perigo de perturbar retrospectivamente as bases sobre as quais foram celebrados os contratos, acordos patrimoniais e fiscais, bem como a especial necessidade de segurança quanto ao direito penal.

Este anúncio não tem a intenção de afetar o uso de precedente em outro lugar que não nesta Câmara.²²⁷ (tradução nossa)

of jurisprudence, and wonderfully suited to the genius of our people. A striking feature of the common law is its elasticity and its capacity to mould and adjust itself to new needs and new conditions, and thus, by constant growth, without haste but without rest, to keep pace with the enlightened public opinion of the people by whom and for whom it has been fashioned. [...] A denial of this judicial function of breaking away from ancient traditions would have left the unwritten law of our present day as it was in the dark ages, and we should still find ourselves governed by the crude legal conceptions prevailing in the days of trial by battle or the ordeal of fire. Our common law of today is not the common law of Lord Coke's Day, nor of Blackstone's day, nor even of our immediate forefathers. As expressed by Mr. Justice Holmes 7 our common law "is always approaching and never reaching consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retains the old ones from history at the other, which have not yet been sloughed off. It will be entirely consistent only when it ceases to grow."

²²⁵ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 192. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

²²⁶ BLOM-COOPER, Louis Jacques. 1966 and all that: the story of the Practice Statement In: DICKSON, Brice. DREWRY, Gavin (Org.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 128-144. p. 130. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=HnS7BxLJ9DcC&pg=PA130&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true.

Acesso em: 28 jul. 2021.

²²⁷ REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Practice Statement (Judicial Precedent)*, Lord Chancellor (Lord Gardner) 26 de julho 1966. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: "Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to

Michael Zander destaca, que posteriormente, a Câmara dos Lordes publicou na imprensa uma nota explicativa sobre o *Practice Statement*, esclarecendo que:

Desde que a Câmara dos Lordes decidiu o caso inglês da *London Street Tramways [sic] v. London County Council* em 1898, a Câmara considerou-se obrigada a seguir suas próprias decisões, exceto quando a decisão tiver sido proferida *per incuriam* em desrespeito a um estatuto, disposição ou outra decisão que a vincule.

A declaração feita é de grande importância, embora não se deva supor que haverá frequentemente casos em que a Câmara considere correto não seguir o seu próprio precedente. Um exemplo de caso em que a Câmara pode considerar correto afastar-se de um precedente são aqueles em que considerar que a decisão anterior foi influenciada pela existência de condições que já não prevalecem e que nas condições atuais o Direito deveria ser diferente.

Uma consequência desta mudança é de grande importância. O relaxamento da regra do precedente judicial permitirá à Câmara dos Lordes prestar mais atenção às decisões judiciais dos tribunais superiores da Commonwealth, onde diferirem das decisões anteriores da Câmara dos Lordes. Isso poderá ser de grande ajuda no desenvolvimento de nosso próprio Direito. Os tribunais superiores de muitos outros países não são rigidamente limitados por suas próprias decisões e a mudança na prática da Câmara dos Lordes nos colocará em linha com eles.²²⁸ (tradução nossa)

Certamente, as considerações expostas pela Câmara dos Lordes na nota explicativa poderiam ser inferidas da análise do próprio *Practice Statement*. No entanto, ela explicita o espírito da mudança que aquele ato representou para direito praticado na Inglaterra. A nota em questão revela, em primeiro lugar, uma espécie de retorno às origens do *common law* e um

decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

²²⁸ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 192-193. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/lup>. Acesso em: 28 de jul. 2021. No original consta: “Since the House of Lords decided the English case of *London Street Tramways [sic] v. London County Council* in 1898, the House have considered themselves bound to follow their own decisions, except where a decision has been given *per incuriam* in disregard of a statutory provision or another decision binding them. The statement made is one of great importance, although it should not be supposed that there will frequently be cases in which the House thinks it right not to follow their own precedent. An example of case in which the House might think it right to depart from a precedent is where they consider that the earlier decision was influenced by the existence of conditions which no longer prevail, and that in modern conditions the law ought to be different. One consequence of this change is of major importance. The relaxation of the rule of judicial precedent will enable the House of Lords to pay greater attention to judicial decision reached in the superior courts of the Commonwealth, where they differ from earlier decisions of the House of Lords, that could be of great help in the development of our own law. The superior courts of many other countries are not rigidly bound by their own decisions and the change in practice of the House of Lords will bring us more into line with them.”

afastamento do positivismo representado pela versão rígida do *stare decisis*.²²⁹ A razão dessa afirmação é o fato de que, a partir de então, a Câmara dos Lordes poderia voltar a analisar os casos levados a ela com o olhar voltado aos costumes, aos princípios gerais do direito, à racionalidade e aos valores. Por outro lado, revela que o retorno completo às origens do *common law* corresponderia a ignorar os avanços alcançados pelo direito inglês desde o século XIX em termos de segurança jurídica e certeza do direito, justamente em razão da regra do *stare decisis*. Isso fica claro na grande preocupação expressada pela Câmara dos Lordes, tanto no *Practice Statement* como na nota explicativa, em deixar claro que a regra continuaria sendo seguir os precedentes e que não os seguir seria uma exceção a ser utilizada de modo bastante restrito.

O primeiro ponto que destacamos em relação a essa mudança de paradigma na aplicação da teoria dos precedentes na Inglaterra, com o retorno às origens do *common law*, mas sem abandonar os avanços alcançados pelo *stare decisis* em termos de segurança jurídica, é a semelhança com o que aconteceu com o *civil law* – e com o positivismo jurídico – mais ou menos no mesmo período histórico.

Como destacado no final do Capítulo 3 desta tese, durante a segunda metade do século XX, por uma série de razões, o positivismo jurídico entrou em crise e seus pressupostos, métodos e, especialmente, seus dualismos (ser/dever ser, fato/norma, valor/norma etc.) deixaram de explicar de forma coerente e satisfatória o funcionamento do direito. Pedindo vênias para utilizarmos mais uma vez a alegoria apresentada por Mireille Delmas-Marty, a pirâmide normativa de Kelsen e o sistema circular autopoietico de Luhmann tornaram-se, no final do século XX, “pirâmides inacabadas [...] e anéis estranhos”, tornando-se necessário buscar em outro lugar explicações para o fenômeno jurídico.²³⁰

Falando sobre essas transformações pelas quais o Direito passou na segunda metade do século XX, Renato Becho destaca a referida quebra – ou, ao menos, a mitigação – dos dualismos e a reintrodução da teoria dos valores no mundo jurídico, resgatando aspectos do jusnaturalismo como “instrumento a colocar nos trilhos o direito e o mundo real”. Como explica o autor, de modo geral, as teorias criadas pelos juristas para explicar o direito contemporâneo não abandonam os avanços conquistados pelo positivismo jurídico em termos de segurança jurídica e certeza do direito, mas incorporam a eles de mecanismos de calibração do sistema, guiados

²²⁹ Conforme as ponderações de Renato Becho, o direito “dado” pelos tribunais não se difere muito do direito “dado” pelo parlamento. As fontes ejetoras de normas são diferentes, mas em ambos o direito é algo “dado” pelo Estado. Ambos são, portanto, formas deferentes para um mesmo fenômeno: o direito positivo. (BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187-195).

²³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-87, 118.

pela teoria dos valores. Desse modo, o direito posto continua sendo uma das fontes do direito, mas não a única.²³¹

Em nossa visão, a revolução marcada pelo *Practice Statement* de 1966, tem o mesmo efeito. Ela pontuou que o direito inglês continuaria tendo como fonte primordial o direito posto (especialmente pelo Poder Judiciário, por meio dos precedentes), mas passaria a contar com um mecanismo de calibração, guiado pelos princípios originais da *common law*, que é uma forma de expressão do direito natural (princípios gerais, equidade, racionalidade, costumes etc.).

O segundo ponto que entendemos merecer destaque em relação ao *Practice Statement* e à sua nota explicativa, transcritos acima, é a preocupação que a Câmara dos Lordes teve em deixar categoricamente claro que não seguir um precedente deveria ser uma medida absolutamente excepcional. A nosso ver, isso corrobora a afirmação feita acima, de que os elementos positivistas do *common law*, marcadamente o *stare decisis*, continuariam sendo o principal método de aplicação do direito e que os elementos jusnaturalistas de direito racional ocupariam a posição de instrumentos de calibração do sistema. Essa preocupação também revela que a segurança jurídica continuaria sendo o princípio norteador da teoria dos precedentes.

Relembramos, como apresentado no Capítulo 3 desta tese, que a segurança jurídica exige que as ações estatais sejam tomadas sempre buscando um estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Direito calculável é aquele em que as pessoas podem estimar, com alto grau de precisão, quais serão, amanhã, os efeitos dos atos jurídicos praticados hoje. Com efeito, um dos requisitos necessários para se atingir o estado ideal de calculabilidade do direito é a vinculatividade, que pode ser definida como a necessidade manutenção das normas, salvo se houver justificativa para a mudança.²³² Assim, ao definir que a regra seria seguir os próprio precedentes e que não os seguir seria uma exceção, a Câmara dos Lordes buscou garantir calculabilidade por meio da vinculatividade aos atos pretéritos, que devem permanecer como são, salvo se houver uma razão justa para a mudança.

Pois bem. No presente tópico, expusemos como a adoção de uma versão forte do *stare decisis* acabou levando a teoria dos precedentes a uma crise de legitimidade. Ao reduzir o direito à aplicação de precedentes, a teoria dos precedentes acabou afastando o direito inglês dos princípios que guiavam o *common law* em sua origem e aproximou-o do positivismo jurídico. A fonte do direito passou a ser o Estado e não mais os costumes e os princípios. A única diferença, desse ponto de vista, entre o *common law* e o *civil law* passou a consistir no fato de

²³¹ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199, 236-238.

²³² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

que que no primeiro, o principal foco ejetor de normas é o Poder Judiciário e no segundo, o Poder Legislativo.

Expusemos também que a solução encontrada pelos juristas ingleses para enfrentar essa crise foi a mitigação do *stare decisis*, com uma espécie de retorno às origens jusnaturalistas do *common law*. Falamos em mitigação e não em abandono do *stare decisis* porque os ingleses reconheceram os ganhos em termos de segurança jurídica que a adoção daquela regra, ainda no século XIX, proporcionou ao seu direito. Dessa forma, a teoria dos precedentes foi calibrada novamente, passando-se a adotar o *stare decisis* como regra, mas permitindo-se que a Câmara dos Lordes modificasse sua jurisprudência em situações excepcionais.

A pergunta que fica é: quais são essas situações excepcionais que autorizam a superação de um precedente ou da alteração da jurisprudência no *common law*? É isso o que buscaremos analisar no próximo tópico.

4.2.2 Como e quando um precedente pode ser superado no *common law*?

4.2.2.1 Breves considerações iniciais

Antes de começar a explorar o tema da superação dos precedentes na *common law*, é necessário destacar que se a pergunta que dá título ao presente tópico fosse feita a um juiz da Suprema Corte norte-americana e a um juiz da Câmara dos Lordes, na Inglaterra, é provável que as respostas seriam consideravelmente diferentes. Ou melhor, teoricamente, as respostas seriam semelhantes, mas a aplicação prática dessas respostas teóricas levaria a resultados bastante diferentes.

Para tentar exemplificar o ponto, destacamos que entre 1966 e 2010, a Câmara dos Lordes invocou explicitamente o *Practice Statement* para modificar seus precedentes em 21 ocasiões.²³³ Já a Suprema Corte norte-americana modificou 154 de suas decisões precedentes entre 1946 e 1992.²³⁴ Isso mostra que a despeito de o sistema jurídico de ambos os países terem

²³³ BLOM-COOPER, Louis Jacques. 1966 and all that: the story of the Practice Statement In: DICKSON, Brice. DREWRY, Gavin (org.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 128–144. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=HnS7BxLJ9DcC&pg=PA130&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true.

²³⁴ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov., 2001), p. 1091-1111. Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

a mesma matriz e ambos considerarem o *stare decisis* como um princípio fundamental desse sistema, cada um deles valora esse princípio de uma forma diferente.

Apesar disso, analisando tanto obras doutrinárias inglesas como norte-americanas, o que se percebe é que em ambos, existe um alto respeito pelos precedentes e uma matriz teórica muito semelhante para a identificação das situações em que um precedente pode ou deve ser superado. É justamente essa matriz teórica que buscaremos identificar neste tópico.

4.2.2.2 Decisões por descuido (*per incuriam*)

A primeira das situações que merecem destaque são as decisões *per incuriam*, às quais já nos referimos, e que podem ser traduzidas como “decisões por descuido” ou “decisões descuidadas”, como faz Renato Becho.²³⁵

As decisões *per incuriam* não configuram uma verdadeira hipótese de mudança jurisprudencial ou superação de um precedente e, na realidade, não têm ligação com o *Practice Statement* de 1966. Mas decidimos tratar dessas decisões neste tópico porque entendemos que, na realidade brasileira, em que as decisões “nascem” precedentes – em vez de tornarem-se precedentes, como ocorre no *common law* – a constatação de que uma decisão precedente foi descuidada em sua origem pode levar à sua superação. Além disso, autores oriundos do *common law*, como é o caso de Michael Zander, consideram as decisões *per incuriam* como um caso de exceção à regra do *stare decisis*.²³⁶

Pois bem, na nota explicativa do *Practice Statement*, publicada pela Câmara dos Lordes via imprensa, apresentada no tópico 4.2.1 desta tese, restou consignado expressamente o seguinte:

Desde que a Câmara dos Lordes decidiu o caso inglês da *London Street Tramways [sic] v. London County Council* em 1898, a Câmara considerou-se obrigada a seguir suas próprias decisões, *exceto quando a decisão tiver sido proferida per incuriam em desrespeito a um estatuto, disposição ou outra decisão que os vincule*.²³⁷ (tradução nossa)

²³⁵ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 161-162.

²³⁶ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 218. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021

²³⁷ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 192-193. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: “Since the House of Lords decided the English case of *London Street Tramways [sic] v. London County Council* in 1898, the House have considered themselves bound to follow their own decisions, except where a decision has been given *per incuriam* in disregard of a statutory provision or another decision binding them.”

Pelo conteúdo da nota explicativa, verifica-se que uma decisão é considerada *per incuriam* quando ela desrespeita ou ignora uma lei, disposição normativa ou outra decisão vinculante que deveria ter sido levada em conta no julgamento. Essas decisões, em razão do descuido por elas cometido, não chegam a formar um precedente e, em razão disso, não se tornam vinculantes.²³⁸

Conforme expõe Michael Zander, a definição paradigmática do que é uma decisão *per incuriam* foi dada por Lord Evershed no julgamento de *Morelle v. Wakeling*, de 1955:

Como regra geral, os únicos casos em que as decisões devem ser consideradas como tendo sido proferidas *per incuriam* são aqueles de decisões proferidas por ignorância ou esquecimento de alguma disposição legal ou alguma decisão com autoridade vinculativa para o tribunal em questão: de modo que, em tais casos, alguma parte da decisão ou alguma etapa do raciocínio em que se baseia é considerada, por conta disso, demonstravelmente errada. Esta definição não é necessariamente exaustiva, mas os casos não estritamente dentro dela que possam ser apropriadamente considerados como tendo sido decididos *per incuriam* devem, em nosso entendimento, em consonância com a regra *stare decisis*, que é uma característica essencial de nosso direito, ser [...] de ocorrência raríssima.²³⁹

Conforme a decisão em questão, a característica marcante para que uma decisão precedente deva ser considerada *per incuriam* – e, assim, não deva ser considerada como um precedente para os casos futuros – é ignorar uma disposição normativa ou algum precedente vinculante que deveria ter sido considerado para se decidir. Apesar disso, conforme consignado na decisão, esta definição não é necessariamente exaustiva.

Avançando sobre o tema, no julgamento de *Rickards v. Rickards*, de 1989, de acordo com Zander, a Câmara dos Lordes consignou que

a corte tem justificativa para deixar de seguir uma decisão precedente sua não apenas nos casos em que aquela decisão foi dada por ignorância ou esquecimento de uma disposição normativa ou decisão com autoridade vinculante sobre ela, mas também, em raros e excepcionais casos em que a decisão envolver um lapso ou erro manifesto²⁴⁰ (tradução nossa)

²³⁸ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 161-162. ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 155. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

²³⁹ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 219. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: “As a general rule the only cases in which decisions should be held to have been given per incuriam are those of decisions given in ignorance or forgetfulness of some inconsistent statutory provision or some authority binding on the court concerned: so that in such cases some part of the decision or some step in the reasoning on which it is based is found, on that account, to be demonstrably wrong. This definition is not necessarily exhaustive, but cases not strictly within it which can properly be held to have been decided per incuriam must, in our judgement, consistently with the stare decisis rule which is an essential feature of our law, be [...] of the rarest occurrence.”

²⁴⁰ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 220. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: “This court is justified in refusing to follow one of its own previous decisions not only where

Vê-se, assim, que além dos casos em que ficar caracterizado que a decisão precedente ignorou uma disposição normativa ou algum precedente vinculante, também nos casos em que a decisão contiver um lapso ou erro manifesto quanto ao conteúdo do direito, ela deve ser considerada como uma decisão *per incuriam* e, assim, não deve ser tomada como um precedente para os casos futuros.

É importante notar que mesmo antes do *Practice Statement* de 1966, a Câmara dos Lordes já deixava de aplicar decisões *per incuriam* aos casos novos levados à sua apreciação. Como apresentado anteriormente, foi por meio *Practice Statement* de 1966 que, após profundos debates, a Câmara dos Lordes concordou que ela estaria autorizada a, em casos absolutamente excepcionais, revisar seus precedentes e, eventualmente, modificar sua orientação para os casos futuros. Antes disso, aquela corte suprema entendia que ela não poderia ignorar ou revisar seus entendimentos pretéritos, sob pena de colocar em risco a estabilidade do ordenamento jurídico britânico. Como explicar, então, a não aplicação de decisões *per incuriam* com a absoluta rigidez da Câmara dos Lordes anteriormente a 1966?

A justificativa para essa postura da Câmara dos Lordes, explica Renato Becho, é o fato de que o *common law* é um direito baseado na razão, e tudo aquilo que for flagrantemente contrário a ela simplesmente não é direito. Portanto, uma decisão flagrantemente irracional não podia ser considerada direito. Assim, não representando o direito, uma decisão *per incuriam* não constituía um precedente e, desse modo, não deveria ser aplicado aos casos subsequentes. Dessa maneira, se a decisão *per incuriam* não configurava um precedente, ao não a aplicar a Câmara dos Lordes não estaria violando a regra do *stare decisis*.²⁴¹

Vê-se, assim, que mesmo antes de considerar que poderia revisar suas decisões precedentes, a Câmara dos Lordes já considerava que era seu dever não aplicar decisões manifestamente irracionais. Essas situações eram identificadas, especialmente, quando a decisão deixava de levar em consideração um ato normativo ou precedente vinculante a que deveria ter sido considerado. Mas essa atitude não se mostrou suficiente para impedir que a aplicação mecânica dos precedentes levasse a situações de injustiça e irracionalidade, bem como a situações em que a aplicação rigorosa dos precedentes gerava mais instabilidade do que estabilidade no ordenamento jurídico inglês.

that decision is given in ignorance or forgetfulness of some inconsistent statutory provision or some authority binding upon it, but also, in rare exceptional cases if it is satisfied that the decision involves a manifest slip or error”.

²⁴¹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 165-166

Essa situação levou a Câmara dos Lordes a autorizar a ela mesma a revisar seus precedentes, mas apenas em situações absolutamente excepcionais, a fim de não se criar uma situação de instabilidade sistêmica do direito. Analisemos, então, quais são essas situações excepcionais em que a revisão e a superação de um precedente são admitidas pelo *common law*.

4.2.2.3 A superação de precedentes (*overruling*)

Como exposto, a despeito de ter reconhecido que a Câmara dos Lordes poderia revisitar casos precedentes e, eventualmente, alterar seu entendimento sobre a questão de direito nele decidida, o *Practice Statement* de 1966, consignou que essa seria uma atitude excepcional, que só deveria ser tomada em casos extremos. Mas que casos extremos são esses?

No tópico anterior, apresentamos o caso das decisões *per incuriam*, isto é, decisões que foram tomadas de forma descuidada. Uma decisão é considerada *per incuriam* quando: (i) deixa de considerar uma disposição legal ou um precedente vinculante, que deveria ter sido levado em conta para a solução do caso; ou (ii) tenha cometido um erro tão grosseiro que não possa ser considerada dotada de racionalidade e, assim, de juridicidade.

Vale ressaltar que mesmo antes do *Practice Statement* de 1966 – ou seja, mesmo antes de haver uma autorização formal para que a Câmara dos Lordes deixasse de seguir seus precedentes –, esta deixava de aplicar decisões precedentes *per incuriam*. Tal atitude é explicada pelo fato de que, em razão do alto grau de seus vícios, tais decisões não eram consideradas direito e, assim, não poderiam ser consideradas precedentes, deixando de vincular as decisões futuras.

Com efeito, depois do *Practice Statement* de 1966, a Câmara dos Lordes passou a estar formalmente autorizada a revisar suas decisões precedentes que não contivessem vícios da magnitude de uma decisão *per incuriam* e até mesmo decisões que não contivessem vício algum. A partir de então, a Câmara dos Lordes passou a ter autorização para revisar decisões que verdadeiramente configuravam precedentes. A única condição para tanto é que elas se enquadrassem como uma situação excepcional, como mencionado pelo *Practice Statement* de 1966.

Para ajudar na compreensão de quais seriam essas situações excepcionais, pedimos vênia para transcrever novamente alguns trechos do *Practice Statement*, bem como da nota explicativa que, segundo Michael Zander, foi publicada na imprensa pela Câmara dos Lordes, em razão do grande impacto causado por aquele ato:

[...]

Suas Senhorias, no entanto, reconhecem que o cumprimento muito rígido do precedente pode levar à injustiça em um caso específico e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito. Eles propõem, portanto, modificar sua prática atual e, continuar tratando as decisões anteriores desta Câmara como normalmente vinculativas, *mas permitindo-se afastar de uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo.*

A este respeito, *terão em conta o perigo de perturbar retrospectivamente as bases sobre as quais foram celebrados os contratos, acordos patrimoniais e fiscais, bem como a especial necessidade de segurança quanto ao direito penal.*

[...] ²⁴² (tradução nossa, grifos nossos)

[...] Um exemplo de caso em que a Câmara pode considerar correto afastar-se de um precedente são aqueles em que considerar que *a decisão anterior foi influenciada pela existência de condições que já não prevalecem e que nas condições atuais o Direito deveria ser diferente.*

[...] ²⁴³ (tradução nossa, grifos nossos)

O *Practice Statement* foi bastante vago ao tratar das situações em que um precedente poderia ser superado, dispondo, basicamente, que isso poderia ocorrer “quando parecer correto fazê-lo”. A única diretriz dada foi a necessidade de atenção e cuidado para não se frustrar a confiança de quem agiu conforme a norma jurídica estabelecida pelo precedente antigo e garantir a segurança jurídica em matéria penal. Por sua vez, a nota explicativa publicada na imprensa trouxe alguns elementos adicionais para a compreensão de quais seriam as situações em que pareceria, aos Lordes, correto superar um precedente. Essas situações seriam aquelas em que as decisões precedentes foram formadas com base em condições que não se mostram condizentes com a realidade presente. Vejamos então como essa orientação foi levada a efeito pela Câmara dos Lordes.

Como exposto anteriormente, entre 1966 e 2010, a Câmara dos Lordes invocou explicitamente o *Practice Statement* para modificar seus precedentes em 21 ocasiões.²⁴⁴ Isso mostra, como aponta Michael Zander, que a Câmara dos Lordes levou a sério a

²⁴² REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Practice Statement (Judicial Precedent)*, Lord Chancellor (Lord Gardner) 26 de julho 1966 Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: “[...] Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. [...]”

²⁴³ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 192-193. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. No original consta: “[...] An example of case in which the House might think it right to depart from a precedent is where they consider that the earlier decision was influenced by the existence of conditions which no longer prevail, and that in modern conditions the law ought to be different. [...]”

²⁴⁴ BLOM-COOPER, Louis Jacques. 1966 and all that: the story of the Practice Statement In: DICKSON, Brice. DREWRY, Gavin (org.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 128-144. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=HnS7BxLJ9DcC&pg=PA130&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true. Acesso em: 28 jul. 2021.

autorrecomendação de o seu novo poder de revisar seus próprios precedentes devesse ser utilizado em casos absolutamente excepcionais.²⁴⁵

O primeiro ponto a se destacar, conforme Zander, é que a atuação da Câmara dos Lordes, desde 1966, evidencia que a mera discordância quanto à solução jurídica dada por uma decisão precedente não é suficiente para justificar sua modificação. A título de exemplo, no caso *Jones v. Secretary of State for Social Services*, de 1972, em que, conforme o autor, a aplicação do *Practice Statement* de 1966 foi discutida pela Câmara dos Lordes pela primeira vez, Lord Reid, um dos juízes que participou do julgamento, afirmou o seguinte:

estou convicto de que o caso de Dowling [o precedente] não deve ser reconsiderado. Nenhuma grande questão de justiça ou política pública está envolvida, nem uma questão de princípio legal. A questão é simplesmente a construção adequada de disposições complicadas em um estatuto.²⁴⁶

Fazendo coro ao entendimento de Lord Reid, outro juiz, Lord Pearson, sustentou que:

Se uma visão sustentável tomada por uma maioria no primeiro recurso puder ser rejeitada por uma maioria que preferir outra visão sustentável em um segundo recurso, e então a visão sustentável original pudesse ser restaurada por uma maioria que preferisse a visão original em um terceiro recurso, a conclusividade da decisão seria perdida.²⁴⁷

No caso, a despeito de a Câmara dos Lordes estar autorizada a modificar seu entendimento anterior e de a maioria dos julgadores ter entendido que a solução dada pelo tribunal ao caso precedente não havia sido a mais adequada, preferiu-se não se alterar a jurisprudência, em prol da segurança jurídica. Assim, ainda que na visão dos juízes da composição mais recente do tribunal, a solução dada ao caso precedente pela composição anterior estivesse errada por não haver nenhuma grande questão de justiça, política pública ou princípio legal envolvido, a jurisprudência deveria ser mantida, respeitando-se a regra geral, que é o *stare decisis*.

²⁴⁵ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 193. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

²⁴⁶ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 193-194. Disponível em <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. Tradução nossa. No original consta: “I am firmly of opinion that Dowling's case ought not to be reconsidered. No broad issue of justice or public policy is involved nor is any question of legal principle. The issue is simply the proper construction of complicated provisions in a statute”.

²⁴⁷ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 193-194. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021. Tradução nossa. No original consta: “If a tenable view taken by a majority in the first appeal could be overruled by a majority preferring another tenable view in a second appeal, than the original tenable view could be restored by a majority preferring it in a third appeal. Finality of decision would be lost.”

Citando estudo feito por Alan Paterson, que analisou a utilização do *outruling* na Câmara dos Lordes, Michael Zander elencou sete critérios utilizados por aquela corte suprema para decidir se um precedente seu deve ou não ser modificado. O primeiro deles é o *critério da moderação*,²⁴⁸ segundo o qual o poder de se modificar um precedente deve ser utilizado moderadamente ou excepcionalmente. O segundo é o *critério das expectativas legítimas*,²⁴⁹ segundo o qual um precedente não deve ser modificado se isso levar à frustração das expectativas legítimas das pessoas que exerceram o direito com base na orientação veiculada pelo precedente. O terceiro é o *critério da construção (normativa)*, que traduzimos livremente para melhor compreensão, como *critério da interpretação de atos normativos*,²⁵⁰ segundo o qual um precedente sobre interpretação de leis ou outros atos normativos não deve ser modificado, exceto em casos raros e excepcionais. O quarto é o *critério imprevisibilidade das consequências*,²⁵¹ segundo o qual um precedente não deve ser modificado se não for possível prever quais serão as consequências práticas da mudança. Esse critério deve ser combinado com o *critério da necessidade de reforma abrangente*,²⁵² segundo o qual um precedente não deve ser reformado se isso levar a mudanças que precisarão envolver uma verdadeira reforma normativa abrangente daquele instituto jurídico ou daquela área do direito. O quinto é o *critério do precedente meramente errado*,²⁵³ segundo o qual, em prol da certeza do direito, um precedente não deve ser modificado simplesmente porque os julgadores atuais entendem que a decisão precedente foi equivocada. É necessário que haja razões adicionais para que se autorize a superação do precedente. O sexto é o *critério da retificação da incerteza*,²⁵⁴ segundo o qual um precedente *deve ser modificado* se ele estiver causando grande incerteza na orientação jurídica da sociedade e o sétimo, e último, é o *critério do injusto ou do antiquado*,²⁵⁵ segundo o qual um precedente *deve ser modificado* se ele for considerado injusto ou descompassado com as condições sociais atuais ou concepções modernas das políticas públicas.²⁵⁶

Esses critérios ou condições para que um precedente possa ser modificado mostram, em primeiro lugar, como a Câmara dos Lordes e os autores de matriz britânica se preocupam com a segurança jurídica ao tratar de alterações jurisprudenciais. Tanto os critérios que indicam

²⁴⁸ No original: “the ‘use sparingly’ criterion”.

²⁴⁹ No original: “the ‘legitimate expectations’ criterion”.

²⁵⁰ No original: “the ‘construction’ criterion”.

²⁵¹ No original: “the ‘unforeseeable consequences’ criterion”.

²⁵² No original: “the ‘need for comprehensive reform’ criterion”.

²⁵³ No original: “the ‘precedent merely wrong’ criterion”.

²⁵⁴ No original: “the ‘rectification of uncertainty’ criterion”.

²⁵⁵ No original: “the ‘unjust or outmoded’ criterion”.

²⁵⁶ PATERSON, Alan. The law lords, 1982, p. 156-157 apud ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. p. 197-198. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

quando não se deve modificar um precedente, como os critérios que indicam quando uma alteração deve ocorrer são, na realidade, guiados pela segurança jurídica. A única (aparente) exceção é o sétimo critério, que recomenda a alteração dos precedentes quando este se mostrar injusto ou descompassado com as condições sociais atuais ou com as concepções modernas sobre as políticas públicas. Esses critérios revelam também que o Poder Judiciário no Reino Unido é visto por seus membros como uma verdadeira instituição. Ao se considerar que o fato de os julgadores atuais discordarem da interpretação dada ao direito pela composição precedente do tribunal, não justifica a mudança do precedente por si só, deixa-se claro que o Poder Judiciário é visto como algo maior do que a simples soma de seus membros. Deve haver algo maior do que a mera discordância para se justificar uma mudança na jurisprudência.

Vale notar, todavia, que como exposto no tópico 3.2.2.1, o Poder Judiciário britânico é extremamente conservador, tendo a Câmara dos Lordes modificado seus precedentes de maneira expressa em apenas em 21 ocasiões entre 1966 e 2010. Vejamos então, como a Suprema Corte dos Estados Unidos e os autores de matriz norte-americana, onde o *overruling* é mais frequente do que na Inglaterra, enxergam a questão.

Melvin Eisenberg, que é professor da Universidade de Berkley, nos Estados Unidos, considera que o *overruling* é governado por dois princípios institucionais, que fixam as condições sob as quais o *overruling* deve ocorrer.²⁵⁷

O primeiro desses princípios, que o autor chama de “*princípio básico do overruling*”, é sintetizado por ele da seguinte forma:

um precedente deve ser superado se (i) substancialmente falha em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e (ii) os valores que determinam o padrão de estabilidade normativa e o princípio do *stare decisis* – os valores de imparcialidade, protegendo a confiança justificada, evitando surpresa injusta, replicabilidade e apoio – deixam de ser mais bem servidos pela preservação da regra fixada no precedente do que por sua anulação.²⁵⁸ (tradução nossa)

Conforme explica o autor, as duas condições postas pelo princípio básico do *overruling* – isto é, (i) a regra posta pelo precedente mostrar-se socialmente incongruente e sistematicamente falha e (ii) a manutenção do precedente trazer mais malefícios do que

²⁵⁷ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

²⁵⁸ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021. No original consta: “A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard doctrinal stability and the principle of *stare decisis* – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling”.

benefícios em termos de estabilidade normativa – são complementares. Quando uma norma posta por um precedente começa a perder congruência com a realidade social ou consistência perante o sistema jurídico, dá-se início à criação de exceções à norma. Com o passar do tempo, as incongruências sociais e as inconsistências sistêmicas tendem a aumentar em número e em importância, tornando-se necessário criar mais e mais exceções até se atingir um ponto em que a norma que fora posta pelo precedente deixa de contribuir para a estabilidade do sistema jurídico e passa a contribuir para sua instabilidade. Nessas situações, tem-se espaço, ou melhor, necessidade de que a norma seja superada.²⁵⁹

Imaginemos, por exemplo, uma norma jurisprudencial, fixada nos anos 1980, que, partindo da premissa de que as atividades econômicas configuram obrigações de dar ou obrigações de fazer, determina que as primeiras estão sujeitas ao ICMS, de competência estadual, e as segundas, ao ISS, de competência municipal. Passados alguns anos, surgem novas atividades econômicas que não se subsumem perfeitamente nem ao conceito de obrigação de dar nem ao conceito de obrigação de fazer, como as atividades de locação ou de cessão de direito de uso. Em razão disso, criam-se algumas exceções à regra inicialmente fixada e isso começa gerar conflitos quanto à competência para a tributação dessas atividades. Passados mais alguns anos, a tecnologia evolui ainda mais, criando atividades econômicas cada vez mais complexas, como o *streaming* e os *data center* com armazenagem em nuvem, o que torna cada vez mais difícil enquadrá-las como obrigações de fazer ou obrigações de dar, e, conseqüentemente, de definir se sua atividade está sujeita à competência tributária dos estados (e de qual deles), dos municípios (e de qual deles) ou de nenhum. Essa situação torna necessária a criação de mais e mais exceções, até que a regra inicialmente criada deixa de contribuir para a estabilidade do ordenamento e, na realidade, passa a criar dificuldades para a obtenção de um direito estável. Em razão disso, tendo em vista a estabilidade sistêmica, é melhor que a norma seja superada por uma nova norma, mais adequada à nova realidade social.

Apesar disso, haverá situações em que a norma posta pelo precedente se mostra socialmente incongruente e sistemicamente inconsistente, mas ainda assim, os valores que determinam o padrão de estabilidade normativa e o princípio do *stare decisis* serão mais bem servidos pela preservação da regra fixada no precedente do que por sua anulação. Segundo Eisenberg, nesses casos, mais comumente encontrados nos ramos jurídicos que reclamam maior segurança jurídica, deve ser aplicado o *segundo princípio do overruling*, segundo o qual: “a norma estabelecida pelo precedente deve ser superada se, e somente se, as vantagens de tornar

²⁵⁹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 105-106 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

a norma jurídica socialmente congruente e sistemicamente consistente superarem os custos de não se preservar os valores que fundamentam a estabilidade normativa e o *stare decisis*”.²⁶⁰

Isso mostra que naqueles ramos do direito em que a preocupação com a segurança jurídica e com a certeza do direito tem uma importância mais acentuada, como é o caso dos direitos reais e do direito tributário, tal qual demonstrado no Capítulo 3 desta tese, deve-se ter um cuidado redobrado para se modificar um precedente. Ainda que a norma ou a tese, fixada pela jurisprudência não se mostre mais socialmente congruente ou sistemicamente consistente, o Poder Judiciário deve sopesar a necessidade e os benefícios da mudança com os malefícios que ela pode trazer relativamente à estabilidade normativa e à confiança das pessoas que agiram confiando na norma.

Eisenberg destaca que uma técnica que a prudência recomenda utilizar para se promover a superação de um precedente nessas áreas jurídicas, em que a exigência de segurança jurídica é potencializada, é a da *sinalização* da possibilidade da mudança. Explica o autor que “a sinalização é uma técnica pela qual a corte segue um precedente, mas sinaliza à comunidade jurídica que o precedente não é mais confiável”. Dessa forma, mitiga-se, pouco a pouco, a frustração de expectativas que uma mudança repentina geraria, criando meios para a superação do precedente no futuro.²⁶¹

Conclui o autor que a superação de um precedente envolve a ponderação de três aspectos importantíssimos: os padrões de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade normativa. Contudo, como demonstrado nos parágrafos anteriores, nem sempre haverá conflito entre esses três aspectos. Haverá casos em que a superação do precedente servirá melhor ao ideal de estabilidade sistêmica do que a sua manutenção, como é o caso do exemplo que demos em relação ao *princípio básico do overruling*. Mas mesmo nos casos em que há conflito entre esses valores, às vezes, uma transição lenta e gradual, com sinalização de que poderá haver uma mudança na orientação jurisprudencial pode mitigar os prejuízos que a mudança causaria à estabilidade sistêmica, permitindo a superação do precedente.²⁶²

²⁶⁰ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 121-122. Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021. No original consta: “Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the legal rule socially congruent and systemically consistent out-weigh the costs of not serving the vales that underlie doctinal stability and stare decisis”.

²⁶¹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 122. Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021. No original consta: “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts a the profession on notice that the precedent is no longer reliable”.

²⁶² EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 126-127. Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

Mas será que a prática norte-americana confirma a teoria sobre o *overruling*? Parece-nos que sim.

Em um artigo intitulado *Explicando a superação de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos*²⁶³, James F. Springs II e Thomas G. Hansford, se propuseram a analisar todos os julgamentos promovidos pela Suprema Corte norte-americana entre 1946 e 1995, a fim de explicar o que levava um precedente daquela corte a ser superado. Os autores apresentam como tese inicial a suposição de que a decisão da corte de superar um precedente seu resulta busca pelas preferências políticas e ideológicas de cada um de seus integrantes. Todavia, o resultado da pesquisa empírica por eles promovida mostrou que sua tese estava equivocada. Eles constataram que a pretensa busca pelas preferências políticas dos membros da Suprema Corte é contida por dois freios normativos do sistema jurídico norte-americano: a separação de poderes e o *stare decisis*.²⁶⁴

Argumentam os autores que os juízes da Suprema Corte são movidos primariamente pela vontade de tornar suas preferências políticas e ideológicas preponderantes. Dessa forma, havendo uma maioria, seria possível alterar um precedente, pelo simples fato de ele não condizer com aquelas preferências. No entanto, o que eles chamam de *contexto decisório* impõe freios a esses impulsos. Esses freios são normas formais e informais, que impedem os juízes da Suprema Corte de satisfazerem suas vontades individuais. Dentre as regras informais, os autores citam o *stare decisis* e entre as formais, a separação dos Poderes do Estado.²⁶⁵

Os autores consideram que o *stare decisis* atua como uma norma autorrestritiva, que resulta do desejo dos integrantes da corte de ditar normas eficazes. Assim, caso o uso do *overruling* seja feito de forma corriqueira, nada impedirá que as regras fixadas por eles sejam modificadas pelas composições futuras da corte. Eles entendem, portanto, que o uso excessivo do *overruling* pode erodir a legitimidade das decisões da Suprema Corte.²⁶⁶ Na visão dos autores, portanto, o excesso de ego dos integrantes da Suprema Corte, representado pela vontade de que suas decisões não sejam alteradas no futuro os faz pensar duas vezes antes de modificar uma decisão precedente.

²⁶³ Tradução nossa. No original: “Explaining the overruling of de U.S. Supreme Court Precedent.”

²⁶⁴ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov. 2001), p. 1091-1111. p. 1107-1108 Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

²⁶⁵ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov. 2001), p. 1091-1111. p. 1093. Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

²⁶⁶ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov. 2001), p. 1091-1111. p. 1094. Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

Outra constatação feita pela pesquisa de Springs e Hansford foi a de que a Suprema Corte é menos propensa a alterar precedentes sobre a interpretação de legislação infraconstitucional do que sobre interpretação do direito constitucional. Conforme os autores, a justificativa para essa postura decorre do fato de que uma decisão em matéria infraconstitucional pode ser superada por mudança legislativa, operada pelo congresso, ao passo que a superação de uma decisão sobre direito constitucional via congresso dependeria de reforma constitucional, o que é muito mais complexo do que uma mudança na lei. Assim, se o congresso não modificou uma lei já interpretada pela Suprema Corte, isso significa que o congresso aceitou a interpretação dada pelo tribunal. Dessa forma, em respeito ao congresso, o precedente não deve ser superado.²⁶⁷

Não nos cabe opinar se a postura dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em respeitar os precedentes se dá por excesso de ego ou por respeito às instituições. Mas o fato é que o resultado dessa pesquisa empírica mostra que o *stare decisis* e o respeito pela separação das funções estatais são os princípios que orientam a atuação dos juízes da Suprema Corte norte-americana quando chamados a superar um precedente seu.

Parece-nos, assim, que tanto na experiência britânica, como na experiência norte-americana, soberanias que desenvolveram seus sistemas jurídicos com base no *common law* e levam em conta a força normativa dos precedentes há muito tempo, o poder dado às cortes judiciárias de topo para modificar decisões precedentes é exercido com muita parcimônia. Nem em uma experiência nem na outra, os precedentes são livremente modificados pela simples discordância da composição atual do tribunal com a solução dada por uma composição anterior. O Poder Judiciário é enxergado como uma instituição maior do que a soma de seus integrantes e, mais importante de tudo, em toda mudança, a estabilidade sistêmica e a segurança jurídica dos jurisdicionados são sempre o ponto mais importante a ser ponderado e protegido. Ou a superação do precedente vem para preservá-la – nos casos em que a manutenção da norma jurisprudencial causa mais instabilidade do que estabilidade – ou a superação do precedente vem acompanhada de medidas profiláticas, que mitiguem os prejuízos causados pela mudança à estabilidade sistêmica. O que não se admite em nenhuma hipótese é que a superação de um precedente simplesmente ignore a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e frustrar a expectativa e a confiança dos cidadãos.

²⁶⁷ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov. 2001), p. 1091-1111. p. 1094-95. Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

4.3 Considerações conclusivas do capítulo

Diferentemente do que ocorreu na Europa continental e nos países cujos sistemas jurídicos foram por ela influenciados, na Inglaterra e em alguns outros países, o direito legislado não teve proeminência. Nesses países, a base primordial do direito continuaram sendo os usos e os costumes. Daí a origem do nome *common law*.

Nesses países, o movimento de codificação do direito não floresceu e os negócios jurídicos continuaram sendo feitos com base em princípios gerais e nos costumes. Com efeito, quando uma lide nascia e era levada a Judiciário, era nos princípios gerais e nos costumes, que os julgadores iam buscar os fundamentos para julgar o caso.

Após uma série de críticas no sentido de que seu sistema jurídico não seria formalmente racional, a Inglaterra acabou adotando medidas para tornar seu sistema formalmente racional e, assim, mais previsível. A resposta encontrada pela *common law*, no entanto, não foi a codificação de sua legislação, mas a sistematização da teoria dos precedentes.

Ainda no século XIII, os juristas britânicos passaram a organizar e divulgar os resultados dos julgamentos em *law reports*. Com o passar do tempo, estes tornaram-se fonte de orientação de conduta para os advogados e para a população em geral, já que catalogavam qual fora a interpretação dada pelos tribunais ao direito. Em razão disso, os juízes ingleses passaram a considerar que os resultados dos casos precedentes deveriam ser replicados aos casos presentes e futuros, como medida de isonomia e de segurança jurídica.

No final do século XIX, a Câmara dos Lordes, a mais alta corte do Poder Judiciário britânico, realizou um julgamento paradigmático em que decidiu que a corte estaria vinculada aos seus próprios precedentes. A Câmara dos Lordes entendeu que não teria liberdade para alterar seus precedentes, ainda que a maioria do tribunal entendesse que a solução dada ao caso precedente não fora a mais correta. Estava criada então a regra do *stare decisis*.

O *stare decisis* retirou do Poder Judiciário britânico a possibilidade de revisar julgamentos precedentes. Havendo um precedente, sua aplicação era obrigatória. Desse modo, o *common law*, que nascera como um direito de cunho eminentemente racional, pautado nos costumes e nos princípios gerais do direito, assumiu um caráter estritamente positivista. O direito posto pelos tribunais deveria ser simplesmente aplicado, independentemente de a norma ser justa ou injusta, racional ou irracional. Essa atitude levou o *common law* a um momento de crise de legitimidade, em que se tornou necessário discutir a flexibilização da regra do *stare decisis*.

Com efeito, em razão dessas críticas, depois de profundas discussões, em 1966, a Câmara dos Lordes publicou um comunicado (*Practice Statement*), anunciando que poderia passar a revisar seus próprios precedentes nas situações em que entendesse razoável. Conforme o *Practice Statement*, o método ordinário de atuação do Poder Judiciário britânico continuaria sendo a aplicação dos precedentes, no entanto, em situações excepcionais, em que os precedente se mostrasse socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente, ele poderia ser superado.

Em nosso entendimento, essa atitude do Poder Judiciário britânico é bastante semelhante ao movimento que ocorreu com o *civil law* na segunda metade do século XX, que pôs em dúvida algumas premissas básicas do positivismo jurídico. Esse movimento resgatou aspectos do jusnaturalismo e reintroduziu a teoria dos valores no mundo do Direito como instrumento de calibração desse sistema jurídico. Assim, não se abandonaram os avanços conquistados pelo positivismo jurídico em termos de segurança jurídica e certeza do direito, mas incorporam-se a eles mecanismos de calibração, guiados pela teoria dos valores, de modo que o Direito deixasse, pouco a pouco, de ser visto e praticado como um fenômeno eminentemente formal e voltasse a se preocupar com a justiça e com os direitos humanos.

Em nossa visão, a revolução marcada pelo *Practice Statement* de 1966 provocou no *common law* os mesmos efeitos que as teorias pós-positivistas provocaram no *civil law*. Ela pontuou que o direito inglês continuaria tendo como fonte primordial o direito posto (especialmente pelo Poder Judiciário, por meio dos precedentes), mas passaria a contar com um mecanismo de calibração, guiado pelos princípios originais da *common law*, que é uma forma de expressão do direito natural (princípios gerais, equidade, racionalidade, costumes etc.).

O *Practice Statement*, todavia, não representou uma quebra completa do *stare decisis*, mas um ajuste para suavizá-lo. Em prol da segurança jurídica, buscando garantir calculabilidade por meio da vinculatividade aos atos pretérito, o *Practice Statement* definiu que a regra seria seguir precedentes e que não os seguir seria uma exceção a ser implementada em casos absolutamente extraordinários.

O estudo da doutrina britânica e da norte-americana revela que em ambos os sistemas jurídicos, um precedente deve ser superado se mostrar-se socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente e, cumulativamente, a manutenção do precedente trazer mais malefícios do que benefícios em termos de estabilidade normativa. Caso o precedente mostre-se socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente, mas sua alteração coloque em risco a estabilidade normativa, é necessário avaliar se as vantagens de tornar a norma jurídica

socialmente congruente e sistemicamente consistente superaram os custos de não se preservar a estabilidade normativa.

Parece-nos, assim, que nas soberanias que desenvolveram seus sistemas jurídicos com base no *common law* e levam em conta a força normativa dos precedentes desde sua formação, o poder de que são dotadas as cortes judiciárias de topo para modificar seus próprios precedentes é exercido com extrema parcimônia. Os precedentes não são modificados pela simples discordância da composição atual do tribunal com a solução dada por uma composição anterior. Mais do que simplesmente parecer errado na visão da composição atual do tribunal, o precedente precisa mostrar-se, como já exposto, socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente para ser modificado e, ainda assim deve-se ponderar se a alteração não trará mais malefícios do que benefícios em termos de estabilidade normativa.

Percebe-se, assim, que a estabilidade sistêmica e a segurança jurídica dos jurisdicionadas são sempre o ponto mais importante a ser ponderado e protegido. Ou a superação do precedente vem para preservá-la – nos casos em que a manutenção da norma jurisprudencial causa mais instabilidade do que estabilidade – ou a superação do precedente vem acompanhada de medidas profiláticas, que mitiguem os prejuízos causados pela mudança à estabilidade sistêmica. O que não se admite em nenhuma hipótese é que a superação de um precedente simplesmente ignore a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e frustrar a expectativa e a confiança dos cidadãos.

Parece-nos que, no Brasil, país que desenvolveu sua cultura jurídica sob a tradição do *civil law*, a preocupação com a estabilidade normativa, com a certeza do direito e com a segurança jurídica existe. Contudo, ela sempre esteve ligada aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Em matéria tributária, isso é evidenciado pelas limitações ao poder de tributar elencadas especialmente entre os arts. 150 e 152 da Constituição Federal de 1988, que prescrevem limites à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, visando à proteção da segurança jurídica do contribuinte – em especial, os princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade – mas nada dizem sobre os limites à atuação do Poder Judiciário enquanto fonte do direito tributário.

Parece-nos também, contudo, que a inexistência de limitações expressas na Constituição Federal à atuação do Poder Judiciário como fonte do direito tributário não autoriza que esse Poder atue com irresponsabilidade, como se não exercesse esse papel. É justamente isso o que pretendemos demonstrar no próximo capítulo. Considerando que o Poder Judiciário atua, contemporaneamente, como uma fonte do direito tributário, a Constituição Federal de 1988 impõe a esse Poder o dever de atuar com respeito aos precedentes, de forma muito semelhante

ao que ocorre com a versão moderada do *stare decisis* nas soberanias orientadas pelo *common law*.

5 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO/ADOÇÃO DA VERSÃO MODERADA DO *STARE DECISIS* NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

5.1 Considerações iniciais

Nos capítulos anteriores, buscou-se analisar como as alterações jurisprudenciais afetam negativamente a segurança jurídica em matéria de direito tributário e como os sistemas jurídicos desenvolvidos com base no *common law* – que têm na jurisprudência sua principal fonte do direito – desenvolveram a doutrina do *stare decisis* como um mecanismo de controle dessas alterações. No presente capítulo, buscaremos estudar se a doutrina do *stare decisis* é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

Destacamos, nesse sentido, o nosso reconhecimento de que não se pode simplesmente aplicar um instituto de um sistema jurídico estrangeiro ao direito brasileiro. Essa importação de institutos jurídicos torna-se ainda mais delicada quando diz respeito ao direito tributário brasileiro, que foi tratado de maneira pormenorizada em nível constitucional. Em razão dessa preocupação, destacamos que não é isso o que pretendemos com este capítulo nem com esta tese.

Como já ressaltado, a pretensão desta tese ao estudar a teoria dos precedentes e o *stare decisis* foi a de aprender como funciona o princípio da segurança jurídica nos sistemas que os precedentes exercem o papel de fonte do direito há mais tempo que no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, como também já apresentado, a ideia de segurança jurídica sempre esteve ligada à de legalidade, tendo a jurisprudência sido relegada ao papel de uma fonte secundária, quando muito. Prova disso é o fato de que ao traçar as limitações constitucionais ao poder de tributar, a Constituição Federal de 1988, preocupou-se com a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mas pouco ou nada disse – ao menos de maneira expressa – sobre a atuação do Poder Judiciário enquanto fonte do direito tributário. Desse modo, a Constituição Federal de 1988, protegeu com bastante cuidado o contribuinte contra mudanças legislativas, mas, aparentemente, não teve o mesmo cuidado com as mudanças da jurisprudência.

É possível dizer, dessa forma, que, no Brasil, ainda estamos aprendendo como trabalhar e não trabalhar com precedentes e, ao estudar a teoria dos precedentes e o *stare decisis*, pretendemos apenas contribuir com esse aprendizado.

Passemos, assim, a avaliar (i) se, e em que medida, o *stare decisis* é aplicável ao direito brasileiro e (ii) como se daria a aplicação do *stare decisis* em matéria tributária.

5.2 A aplicação do *stare decisis* pelo STF e pelo STJ

Como foi exposto no capítulo anterior, o Poder Judiciário inglês exerceu um papel preponderante na construção da teoria dos precedentes e da doutrina do *stare decisis*. Certamente, os juízes ingleses foram influenciados pela atuação de advogados e pela doutrina, mas foi mediante a atuação do Poder Judiciário – que reconheceu seu papel como fonte do direito e como peça responsável estabilidade normativa, atribuindo, assim, segurança jurídica ao ordenamento jurídico britânico – que a teoria dos precedentes ganhou forma e o *stare decisis* tornou-se regra.

Reputamos importante, assim, verificar como o Poder Judiciário brasileiro enxerga a situação.

5.2.1. O *stare decisis* no STJ

No momento em que estas páginas estão sendo escritas, ao se pesquisar o termo “*stare decisis*” no mecanismo de busca da página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), encontram-se 6 acórdãos, além de 94 decisões monocráticas. Desses 6 acórdãos, há um da Primeira Seção, julgado como recurso repetitivo, um da Terceira Seção, um da Terceira Turma, um da Quinta Turma e dois da Sexta Turma.²⁶⁸

Em nossa concepção, os quatro acórdãos proferidos pelas diferentes turmas não são de grande valia para o estudo desenvolvido nesta tese, em especial, por utilizarem um conceito impróprio do termo *stare decisis*. Em todos esses acórdãos, o termo em questão é utilizado como sinônimo de “teoria dos precedentes”. Esses acórdãos, portanto, não analisaram a questão da vinculação horizontal, isto é, a vinculação do colegiado aos próprios precedentes, tendo apenas mencionado o termo “*stare decisis*” ao apresentarem argumentos atinentes ao dever de se submeterem à vinculação vertical, ou seja, aos precedentes de órgãos aos quais as turmas são hierarquicamente subordinadas.²⁶⁹

²⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1088045/RJ*. Relator Min. Massami Uyeda. Redator do acórdão Min. Sidnei Beneti, 22 de setembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802060120&dt_publicacao=23/10/2009. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial nº 1211481/SP*. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Redator do acórdão Min. Rogério Schiatti Cruz, 11 de outubro de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001561850&dt_publicacao=15/04/2014. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial nº 1128170/PR*. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Redator do acórdão Min. Rogério Schiatti Cruz, 20 de março

De forma mais ou menos semelhante, o acórdão proferido pela Terceira Seção, nos autos dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1853580/SC, utilizou o termo *stare decisis* num sentido impróprio, para tratar dos limites objetivos da lide e de inovação recursal, não guardando relação com o sentido do termo que é utilizado neste trabalho. Dessa forma, este acórdão também não é de grande valia para a análise ora pretendida.²⁷⁰

Por outro lado, entendemos que o acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar a Petição nº 12344/DF é de grande valia para a presente tese. Por meio dessa petição, propôs-se à Primeira Seção que revisasse algumas teses repetitivas e enunciados de súmulas que versavam sobre juros compensatórios, remuneratórios e honorários advocatícios. O fundamento para essa proposta foi o de adequar essas teses e enunciados à orientação fixada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal. Intimado a se manifestar, o Ministério Público Federal suscitou preliminar no sentido de que o STJ poderia revogar seus enunciados e teses repetitivas anteriores, mas não seria competente para editar novos enunciados e teses abstratamente.²⁷¹

de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901140257&dt_publicacao=02/09/2014. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1871695/RO*. Relator Min. Ribeiro Dantas, 04 de maio de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000954433&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁷⁰ “[...] Vale lembrar, ainda quanto a este ponto, que a despeito da enorme importância do *stare decisis*, em benefício do aumento de segurança jurídica, isonomia, previsibilidade e coerência dos comandos judiciais, não é ele capaz de fechar totalmente o ordenamento jurídico ao ponto de resolver previamente todas as questões que podem surgir no futuro. Além das dificuldades inerentes à teoria da linguagem, questões que giram em torno do tema decidido, mas que não foram por ele abrangidas, podem ser novamente trazidas em outras causas futuras. Mas tal viabilidade impede que dentro de cada causa individual haja uma reabertura sucessiva dos limites da lide, a cada etapa procedimental, sob pena de ser ela conduzida ao infinito, a algo interminável, até em face das limitações humanas. [...]” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1853580/SC*. Relator Min. Ribeiro Dantas, 14 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903736298&dt_publicacao=19/04/2021. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁷¹ “O Ministério Público Federal, reconhecendo a necessidade de supressão da contradição entre as teses repetitivas e o julgado do Supremo, suscita a incompetência desta Corte para editar novos enunciados, distinguindo essa questão da possibilidade de revogação dos entendimentos já existentes.

Nesse passo, aduz razoável permitir que a própria Corte instituidora dos entendimentos os revise, como é da doutrina norte-americana e, de resto, da generalidade dos ordenamentos. Funda tal competência nos arts. 44, 95, 105, I, ‘e’, e 127, § 1º, da Constituição Federal, 1.036 do CPC e 256 e seguintes do Regimento Interno do STJ.

Porém, defende ser inviável que esta Corte edite novos precedentes sobre temas alheios à matéria de recurso especial, seja por não tratada no caso concreto em discussão, seja por versar sobre competência de órgão diverso. Afirma que admitir tal possibilidade equivaleria a conferir ao STJ poder legislativo amplo, incidente sobre qualquer direito material ou processual, estabelecendo normas de natureza não jurisdicional.

Aponta que, na hipótese presente, a despeito das boas intenções que levaram ao estabelecimento dos precedentes qualificados em tela, buscando conferir segurança jurídica ao ordenamento, incorreria esta Corte em dupla violação de competências, invadindo simultaneamente as do Poder Legislativo e as do Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, a providência de se adequar a interpretação vinculante desta Corte ao decidido, também em sede vinculante, pelo STF causaria efeito contrário ao pretendido, gerando maior incerteza e insegurança aos jurisdicionados. Pondera que disso resultaria quebra na aplicação isonômica da lei, incerteza quanto aos pronunciamentos jurídicos das diversas instâncias e sobrecarga processual para o Supremo.

Ao analisar essa preliminar quanto à incompetência do STJ para a revisão abstrata de seus próprios precedentes, o voto do ministro relator Og Fernandes, seguido por unanimidade pelos demais integrantes da Primeira Seção, consignou o seguinte:

[...]

Descabem outras considerações acerca da possibilidade de a Corte instituidora dos precedentes poder revisar seus entendimentos. *A doutrina da autovinculação absoluta aos precedentes (stare decisis, em sentido estrito) nasceu e morreu na Inglaterra, em um contexto de constituição flexível e supremacia parlamentar.*

Assim, entendia-se que eventual equívoco ou inadequação do precedente seria facilmente resolvido pelo legislador, dispensando a Corte de repisar seus próprios julgamentos. *A ideia não resistiu ao Novo Mundo, principalmente diante da rigidez da reforma constitucional nos EUA, e mesmo em seu berço passou há muito por temperamento, como, de resto, adota-se na generalidade dos ordenamentos.* A polêmica quanto à revisão da jurisprudência, se tanto, pertence à Academia, sendo mais típico discutir, no Brasil, os efeitos da legislação superveniente à jurisprudência, ou as formas e hipóteses de superação dos precedentes, do que não se trata no caso presente.

Aqui cabe apenas analisar a adequação dos julgados repetitivos em revisão ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, bem como a competência desta Corte para persistir regulando a matéria.

Adianta, por ora, que não se resolve a questão com o simples cancelamento das teses e remissão integral do debate ao STF, sendo a matéria mais sutil e nuançada do que defende o MPF

[...] (grifos nossos)²⁷²

Reforça que, na medida em que toda decisão judicial pressupõe interpretação e construção normativa, ao dispor sobre o conteúdo do julgamento do Supremo em tese repetitiva, este Tribunal, tentando explicitá-la, pode acabar por dela discrepar. Assim, geraria mais insegurança, forçando, ainda, a parte a recorrer ao STF na busca da melhor interpretação de seus próprios julgados.

Aponta que se a tese do STJ apenas repete a decisão do Supremo, seja liminar ou de mérito, tem-se atividade expletiva, porquanto já dotado o julgado da Corte Suprema de efeitos gerais e incondicionados. De outro lado, se dela, ainda que não intencionalmente, afasta-se, incorre em invalidade, pelos mesmos motivos.

Afirma descaber ao STJ fixar em tese repetitiva a correta interpretação do decidido pelo STF. Assim, só possuiria competência para ditar precedente qualificado a instância competente para decidir a matéria de forma definitiva. Se a determinação dos efeitos do julgamento do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade não pode ser conhecida em recurso especial, seria inviável sua apreciação em tese repetitiva.

Defende que, nessa hipótese, estaria o STJ a modular os efeitos da decisão do STF, ou versar sobre a constitucionalidade das normas infralegais, à luz do pronunciamento daquela Corte. Acresce que, se o Supremo conheceu da matéria em controle abstrato, evidencia-se a inadequação do tratamento da questão em recurso especial, na medida em que aquela via dispensa a intermediação normativa infraconstitucional, apenas está sujeita ao controle deste Tribunal.

Anota, ainda, que tal vedação não se confunde com hipóteses de revisão de teses por força, por exemplo, de interpretação conforme imposta pelo STF ou declaração de inconstitucionalidade de normas anteriormente tratadas, no plano estritamente infraconstitucional, pelo STJ”.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021).

²⁷² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021.

O primeiro comentário que entendemos cabível a respeito do tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça ao tema da aplicabilidade do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro é o fato de ele ter decidido tema ligeiramente diverso do proposto pelo Ministério Público Federal. Como apresentado linhas acima, o MPF não sustentou a incompetência absoluta do STJ para revisar seus próprios precedentes. A preliminar suscitada pelo órgão foi no sentido de que essa revisão não poderia ser feita em abstrato, a fim de adequar as teses repetitivas e enunciados de súmulas às decisões do STF. Abstratamente, conforme argumentou o MPF, o STJ poderia cancelar referidas súmulas e enunciados ou então aguardar casos concretos serem levados à apreciação do tribunal para que a revisão fosse autorizada.

Necessário destacar também que as afirmações de que “a doutrina da autovinculação absoluta aos precedentes (*stare decisis*, em sentido estrito) nasceu e morreu na Inglaterra” e de que “a ideia [da autovinculação absoluta] não resistiu ao Novo Mundo, principalmente diante da rigidez da reforma constitucional nos EUA, e mesmo em seu berço passou há muito por temperamento” devem ser vistas com muito cuidado. Como apresentado no Capítulo 4 desta tese, desde 1966, o Poder Judiciário inglês realmente não adota mais a doutrina da vinculação *absoluta* aos precedentes. No entanto, naquele país, não seguir um precedente é uma exceção, que deve ser praticada em casos absolutamente extraordinários, nas hipóteses em que o precedente se tornar socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente. A regra, na Inglaterra, portanto, ainda é a de se seguir horizontalmente os precedentes, conforme a doutrina do *stare decisis*. Além disso, mesmo no “Novo Mundo” – ainda que o Poder Judiciário seja mais liberal, no sentido de aplicar o *overruling* com uma frequência consideravelmente maior que os ingleses – o *stare decisis* continua sendo a regra, como constatado pela pesquisa empírica promovida por James F. Springs II e Thomas G. Hansford, por nós apresentada também no Capítulo 4.²⁷³

Entendemos, assim, que o acórdão do STJ parte de premissas equivocadas para justificar a inaplicabilidade do *stare decisis*, em sua versão moderada, ao ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que não se defende aqui a vinculação absoluta – ou a versão mais estrita do *stare decisis*, vigente no sistema jurídico inglês até 1966. O que se defende é que, em um ordenamento jurídico em que os precedentes se tornaram fontes do direito, o *stare decisis* deve ser a regra, admitindo-se exceções quando se estiver diante de uma situação extraordinária, em que o precedente se mostre socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente.

²⁷³ SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov. 2001). p. 1107-1108. Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

Não estamos, assim, criticando a conclusão a que a Primeira Seção do STJ chegou ao analisar Petição nº 12344/DF, de que o tribunal tem poder para revisar suas súmulas ou teses repetitivas. Aliás, considerando o caso concreto analisado pelo STJ, essa conclusão parece-nos a mais correta, haja vista que a situação analisada configurava uma inconsistência sistêmica, decorrente da contradição entre a orientação jurisprudencial do STF e do STJ, que daria azo à superação, pelo STJ, de seus precedentes. O que se está criticando é a premissa da qual o colegiado partiu, de que o *stare decisis* não seria aplicável no Brasil e, em razão disso, que o poder revisional poderia ser utilizado pelos ocupantes do Poder Judiciário sem critérios.

5.2.2 O *stare decisis* no STF

Na presente data, ao se pesquisar o termo “*stare decisis*” no mecanismo de busca da página eletrônica do Superior Tribunal Federal (STF), encontram-se 13 acórdãos, além de 54 decisões monocráticas. Desses 13 acórdãos, 4 são do Tribunal Pleno, 2 são da Primeira Turma e os outros 7 da Segunda Turma. Iniciemos nossa investigação com os acórdãos do Pleno.²⁷⁴

O acórdão mais antigo encontrado pela pesquisa foi proferido no Habeas Corpus nº 85.185, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 10/08/2005.²⁷⁵ O caso em questão envolvia a suposta prática de crime contra a ordem tributária e pedia o trancamento de ação penal. A justificativa para o pedido era a de que esta havia sido iniciada antes da constituição definitiva do crédito tributário, eis que pendente o julgamento de recurso voluntário interposto pelo contribuinte ao antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. No entanto, a circunstância fática que interessa ao presente trabalho é a de que o *habeas corpus* em questão foi impetrado em face de decisão que havia monocraticamente indeferido liminar pleiteada pelo mesmo contribuinte em *habeas corpus* anteriormente direcionado ao STJ. Em razão disso, o Supremo passou a discutir se o pedido podia ou não ser conhecido, haja vista a Súmula nº 691 do STF, segundo a qual: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”²⁷⁶.

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=stare%20decisis&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 85.185*. Relator Min. Cezar Peluzo, 10 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 691*. 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>. Acesso em: 21 ago. 2021.

Da leitura dos votos e dos debates entre os ministros na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 85.185, o que se percebe é que havia consenso quanto à ilegalidade da instauração da ação penal antes de encerrado o processo administrativo fiscal. No entanto, para se conceder a ordem pleiteada, o STF teria que contrariar a sua Súmula nº 691. Os ministros passaram a discutir, assim, se a súmula deveria ser cancelada, modificada ou mantida. No final do julgamento, o STF acabou decidindo por manter a súmula tal como fora enunciada e solucionou o caso concreto tangenciando-a. Para tanto, o STF decidiu por não conhecer do *habeas corpus*, mas trancar a ação penal de ofício.

Mais do que analisar se a solução dada ao caso concreto foi a mais acertada juridicamente, importa-nos destacar que dentre os motivos pelos quais o STF decidiu por não modificar a Súmula nº 691, a despeito da unanimidade do colegiado quanto à ilegalidade da ação penal, estão a regra do *stare decisis* e a preocupação com a estabilidade jurisprudencial:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Neste caso, não há nenhuma dúvida de que se trata - para usar uma expressão do Ministro Sepúlveda Pertence - de uma chapada violação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É um caso de manifesta ilegalidade, quer dizer, não há nenhuma dúvida de que tanto o Tribunal, ao negar a liminar, quanto ao Superior Tribunal de Justiça, ao negar a liminar, arrostou a claríssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída, inclusive, no voto de Vossa Excelência. Por isso que, neste caso, não me parece que haja nenhuma dúvida.

Eu não gostaria, sei das lições claras, da doutrina do Supremo Tribunal Federal e das lições magníficas do eminente Victor Nunes Leal, que estão positivadas aqui no nosso Regimento Interno, quanto ao modelo sumular, especialmente quanto à possibilidade de que não se faz a interpretação da súmula ou de que, talvez - para usar a expressão americana -, não se devesse fazer um “*distinguishing*”, mas sabemos que, a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, há duas formas de arrostar o entendimento, um problema como este: ou vamos para a posição radical que os americanos chamam de “*overruling*”, ou fazemos o “*distinguishing*”.

[...]

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhora Presidente, também voto contra a anulação da Súmula. Comungo do pensamento externado pelo ministro Sepúlveda Pertence sobre a matéria e me preocupo sobremaneira com a sobrevivência desta Corte.

[...]

Explico. Essa questão foi objeto de um artigo recente do ilustre advogado, propondo exatamente a revogação da Súmula. Ora, essa Súmula foi aprovada por nós há menos de dois anos. Eu e os ministros Cezar Peluso e Carlos Britto, tão logo tomamos posse nesta Corte, aprovamos essa Súmula. Subitamente vem uma proposta de anulá-la. *E a estabilidade da jurisprudência da Corte, onde fica?*

Com essas considerações, com relação a esse primeiro aspecto, acompanho a divergência e recuso, a proposta do ministro Cezar Peluso. (grifos nossos)

A despeito de a aplicação ou não do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro não ter sido o centro da discussão no caso em questão, os trechos transcritos revelam que a regra foi levada em consideração pelo Supremo. Ao afirmar que “a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, há duas formas de arrostar o entendimento, um problema como este: ou vamos para a

posição radical que os americanos chamam de ‘*overruling*’, ou fazemos o ‘*distinguishing*’”, o Ministro Gilmar Mendes revela que a regra orientadora da ação do STF deveria ser a de seguir os próprios precedentes, sendo-lhe autorizado não os seguir somente se o caso for distinto do precedente ou se o precedente merecer superação.

O segundo acórdão mais antigo que a pesquisa pelo termo “*stare decisis*” no mecanismo de busca de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal retorna é o Recurso Extraordinário nº 370.682, julgado pelo Pleno em 25/06/2007.²⁷⁷ Trata-se de caso emblemático sobre a tomada de créditos de IPI na aquisição de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. O caso é considerado emblemático porque, para muitos autores de renome, representou uma virada jurisprudencial a respeito do tema, fato que motivaria a modulação de seus efeitos, a fim de proteger as expectativas legítimas dos contribuintes. O STF, no entanto, considerou que não houve virada jurisprudencial porque o precedente alegadamente superado, o Recurso Extraordinário nº 350.682, não havia transitado em julgado. Desse modo, a despeito de ter sido reiteradamente aplicado pelos próprios ministros do STF como a jurisprudência firmada na corte – dando azo, inclusive, a aplicação, por mais de 60 vezes, como afirmado por Misabel Derzi, do art. 557, § 1-A do Código de Processo Civil de 1973, que autorizava ao relator, monocraticamente, dar provimento ao recurso interposto contra decisões que estivessem em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do STF – o Supremo considerou que não houve mudança jurisprudencial e, assim, deixou de modular os efeitos do julgamento.²⁷⁸

Em razão de o STF ter considerado que no caso em questão não houve verdadeira mudança de jurisprudência, o colegiado não se debruçou de maneira profunda, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 370.682, sobre a aplicabilidade, no Brasil, do *stare decisis*. No entanto, o ministro Joaquim Barbosa fez importantes considerações sobre o tema em seu voto, afirmando que “não há, no Brasil, vedação legal à modificação de entendimento jurisprudencial”:

Ademais, conquanto seja firme e necessária a tradição da Corte de honrar seus precedentes e a orientação deles projetada, *é certo que não há vedação legal à modificação de entendimento jurisprudencial*. O Supremo Tribunal Federal não viola a autoridade de seus precedentes. Quando muito, ajusta e evolui em sua compreensão sobre a matéria discutida²⁷⁹

²⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 370682*. Relator Min. Gilmar Mendes, 25 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503002>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²⁷⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 307.

²⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 370682*. Relator Min. Gilmar Mendes, 25 de junho de 2007. p. 545-546. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503002>. Acesso em: 21 ago. 2021.

O terceiro acórdão, em ordem de antiguidade, que a pesquisa pelo termo “*stare decisis*” no mecanismo de busca de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal retorna é o Recurso Extraordinário nº 655.265.²⁸⁰ Este recurso não trata de matéria tributária, mas do momento em que o candidato deve comprovar o exercício, pelo prazo mínimo de três anos, de atividade jurídica privativa de bacharel em direito para cumprir um dos requisitos para ingresso na magistratura e no Ministério Público.²⁸¹ Apesar disso, este acórdão é de extrema relevância para a análise da aplicabilidade do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. É a ementa do julgado:

INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERACÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa

²⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 655265. Relator Min. Luiz Fux. Redator do Acórdão Min. Edson Fachin, 13 de abril de 2016. p. 545-546. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 28 ago. 2021.

²⁸¹ Constituição Federal: “Art. 93. [...] I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação” (grifo do autor); e “Art. 129. [...] § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação” (grifo do autor).

fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (grifos nossos).

Reputamos necessário consignar que apesar do conteúdo da ementa, o *stare decisis* não foi o centro dos debates na ocasião do julgamento, como revela a leitura do inteiro teor do acórdão. A ementa sintetiza com precisão o voto do ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência, tornando-se o redator do acórdão. No entanto, o cerne dos debates entre os integrantes do colegiado não foi a regra do *stare decisis*, mas o mérito do recurso em si, qual seja, se os candidatos a ingresso na magistratura e no Ministério Público devem ter cumprido os três anos de exercício de atividade jurídica no momento da inscrição no concurso público ou no momento da posse.

Isso não diminui, em nossa visão, a importância desse acórdão para o tema da presente tese. Isso porque ele consigna, *em sede de repercussão geral*, que o *stare decisis* não só é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, como é uma exigência da Constituição Federal de 1988, para o atingimento do estado ideal almejado pelo princípio da segurança jurídica.

Acatando as lições de Daniel Mitidiero e de Humberto Ávila, o ministro Edson Fachin consignou em seu voto que para a mudança do entendimento firmado anteriormente pelo STF, deveriam estar presentes mudanças fáticas ou jurídicas que a justificasse. Restou consignado também que para a mudança, o precedente deveria se mostrar *socialmente incongruente e sistemicamente inconsistente*, o que está em consonância com o entendimento dos juristas ingleses e americanos estudados no Capítulo 4 desta tese. São trechos do voto proferido pelo ministro Edson Fachin:

[...]

Ainda no preciso dizer Mitidiero (op. Cit. P. 28), “o papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade” (op. Cit., p. 28.)”. Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do Estado Constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia).

E arremata, concluindo que “a segurança jurídica impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo”. (op. Cit., p. 17)

Sob essas premissas, aliadas à constatação de ausência de alterações nos planos fático e jurídico a indicar que o entendimento acerca da constitucionalidade (da inscrição definitiva como termo final da contagem) já proclamada por este Colegiado na ADI

3460 esteja superado: tenha se tornado “inconstitucional” ou esteja na iminência de se tornar -, *a eventual alteração no entendimento desta Corte sobre o termo final do triênio em debate traria mais prejuízos do que benefícios.*

Reforça essa conclusão a leitura do novo Código de Processo Civil e da doutrina especializada. Acerca deste ponto lembra o citado professor que o artigo 926 traça importante diretriz para o Judiciário, de cujo caput retira-se: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Ainda há em seus parágrafos duas orientações que reforçam a adoção da teoria do *stare decisis* por nosso sistema: “(os Tribunais) editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§1º, art. 926, CPC) e que ao editá-los “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§2º, art. 926, CPC).

[...]

Por fim, há o eloquente fato de poucos recursos sobrestados nesta Corte (localizei somente três), se considerado o número de concursos e concursandos para a carreira da magistratura desde a decisão tomada na referida ADI. *Isso indica, reforço, estabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade do precedente. Não está demonstrado, portanto, o seu desgaste.*

A meu juízo, isso indica que *a eventual revisão da tese trará muito mais prejuízo do que benefício, em termos de segurança jurídica e de isonomia.*

É dizer, em resumo, que *não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando.

[...]

Assentada minha conclusão quanto à tese, no sentido de contenção da Corte para *prestigiar o precedente fixado na ADI 3.460, e os princípios que lhe são caros, em especial, segurança jurídica e isonomia*, acompanho o i. Ministro Relator quanto ao desprovimento do apelo extremo.

[...]

O voto da ministra Rosa Weber no caso em questão também é de extrema relevância para o tema desta tese. Nele, a ministra consignou que a despeito de, no mérito, concordar com o entendimento exarado pelo relator, o ministro Luiz Fux, no sentido de que o momento para a comprovação dos três anos de prática jurídica pelo candidato a juiz substituto ou promotor de justiça deveria ser o da posse, entende que a jurisprudência da corte – no caso, a ADI nº 3.460 – deve ser respeitada. Em razão disso, ela votou por seguir a divergência inaugurada pelo ministro Fachin:

Senhor Presidente, na linha que tenho seguido ao julgamento dos casos, nesta Suprema Corte, eu prestigio aqui também, quanto à tese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora tenha simpatia pessoal pela data da investidura como termo para aferir os três anos de atividade profissional.

Mas compreendo as razões que levaram à fixação de critério diverso, em especial, a segurança jurídica, que foi enfatizada na sustentação oral do Procurador-Geral da República. Cheguei a figurar aqui a hipótese - sempre uma hipótese extrema, é certo -, para firmar o meu convencimento, quanto à abertura de concurso público. A magistratura, precisando de juízes, e, eventualmente, os recém-egressos da faculdade, muito qualificados, estudiosos, habilitados, passando no concurso, e nenhum ainda - repiso que é uma situação extrema - com três anos de atividade profissional. Então, ficaria a jurisdição no aguardo da implementação desse período? Embora seja uma situação extrema, ela não pode deixar de ser também considerada.

Por isso, quanto à tese, peço vênua ao eminente Relator para manter a jurisprudência do Supremo, entendendo que esses três anos não de ser observados e não de estar implementados na data da inscrição definitiva no concurso. Mas, quanto ao caso concreto, pela peculiaridade - agora, inclusive, enfatizada pela Ministra Cármen -, eu acompanho o eminente Relator, negando provimento ao recurso extraordinário.

Por fim, o acórdão mais recente encontrado pela pesquisa foi proferido no *Habeas Corpus* n. 152752, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em 04/04/2018.²⁸² Neste *habeas corpus*, não se tratou de matéria tributária, mas da constitucionalidade da “prisão em segunda instância”, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Apesar disso, os votos proferidos neste julgamento trazem contribuições de suma importância para a análise da aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* no Brasil. Vejamos o que ficou consignado em sua ementa:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. *ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA.* DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. *Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.*

[...]

FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. ROSA WEBER: SEGURANÇA JURÍDICA, VALOR, DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO. DEFINIÇÃO, PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE, IGUALDADE, LIBERDADE, JULGADOR, DIFERENÇA, EFICÁCIA ERGA OMNES, EFEITO VINCULANTE. COISA JULGADA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITO SUBJETIVO. OBSERVÂNCIA, PRECEDENTE, DEFINIÇÃO, JUSTIÇA, EQUIDADE. CONFLITO, MANUTENÇÃO, *PRECEDENTE, NECESSIDADE, APERFEIÇOAMENTO, DIREITO (CIÊNCIA JURÍDICA).* *STARE DECISIS, ALTERAÇÃO, PRECEDENTE, PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA, PRINCÍPIO DA ISONOMIA,* CONVOCAÇÃO, AUDIÊNCIA PÚBLICA. CAUSA DE PEDIR ABERTA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus* n° 152752. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

[...] (grifos nossos).

Os trechos por nós destacados da ementa transcrita anteriormente, que afirmam ser irrelevante a análise do caráter vinculante dos precedentes da corte, podem dar a falsa impressão de que, contrariamente ao que fizera no julgamento do Recurso Extraordinário nº 655.265, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, o STF teria desprestigiado o *stare decisis*. Necessário, assim, esclarecer que não é essa a conclusão a que se chega ao se analisar o inteiro teor deste acórdão.

No voto condutor do acórdão, lavrado pelo ministro Edson Fachin, fica claro que a defesa construiu o argumento de que a “prisão em segunda instância” seria uma construção jurisprudencial feita em precedentes que não teriam caráter vinculante. Por esse motivo, esses precedentes não poderiam ser aplicados – isto é, não poderiam atuar como fontes do direito – a outros casos concretos. Com efeito, o relator, ministro Fachin, refuta esse argumento, sustentando a aplicação do *stare decisis* ao sistema jurisprudencial brasileiro, mas ao final conclui que essa análise seria irrelevante para o caso concreto, já que não se vislumbraria ilegalidade no ato combatido pelo *habeas corpus*. Os trechos abaixo, do voto e questão, são esclarecedores:

[...]

5. A alegação de que a deflagração da fase executiva decorreria de precedentes sem força obrigatória também não conduz a resultado diverso.

Em primeiro lugar, é indubitoso que o Código de Processo Civil de 2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes.

Nessa direção, o CPC é expresso ao reconhecer que é admissível reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” (art. 988, §5º, II), a indicar que tais pronunciamentos não possuem mera eficácia persuasiva.

Da mesma forma ocorre quanto às manifestações do Plenário da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Daí que, com o devido respeito, é questionável a alegação defensiva no sentido de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria não veiculariam compreensão com força vinculante.

De toda sorte, é certo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não utilizou a eficácia vinculante de tais precedentes como razões de decidir. Ao contrário, firmou posição própria, inclusive materializada em verbete sumular local (Súmula 122/TRF4), lançando mão das manifestações do Plenário apenas a título de corroboração de sua convicção, forte na eficácia persuasiva que, em geral, integra os pronunciamentos da Suprema Corte.

Assim, ainda que se admitisse o caráter meramente persuasivo de tais precedentes colegiados e, portanto, a ausência de caráter vinculante, isso em nada alteraria o panorama conclusivo, na medida em que ainda assim não seria flagrantemente ilegal ou teratológica a decisão que aderisse a tal entendimento.

Destarte, a questão atinente à ausência ou não de força vinculante, no caso concreto, não se revela idônea a influir no deslinde processual.

[...] (grifos do autor).²⁸³

Entendemos, todavia, que alguns dos outros votos componentes do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 152752 trazem ainda mais contribuições para o debate acerca da aplicação do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre eles, destacamos os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio.

O voto proferido pela ministra Rosa Weber no julgamento do *habeas corpus* em questão foi, a nosso ver, aquele que analisou a questão de modo mais detalhado. Assim como fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 655.265, analisado anteriormente, apesar de os precedentes do Pleno serem contrários ao seu entendimento pessoal a respeito do tema da “prisão em segunda instância” a ministra os aplica. Vale dizer que a despeito de, pessoalmente, ser contrária à execução da pena antes do trânsito em julgado dos recursos excepcionais, a ministra entendeu que a voz do STF enquanto instituição, representada por seus precedentes – que afirmavam a constitucionalidade da medida – deveria prevalecer sobre sua própria opinião pessoal:

[...]
 anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, objeto do mérito, que diz com a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio.

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

[...]
 E dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, evolução – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – e o que pelo menos se deseja – e o Direito os segue –, a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente;

[...]
 A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

²⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 93-94 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação. [...]

Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.

[...]

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal. [...]

Assim, o fato de carecer o *decisum* proferido no regime repercussão geral de efeito vinculante em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito. A doutrina do precedente, hoje acolhida no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade. Dessa forma, “[...] as sentenças constitucionais, mormente as interpretativas, em razão de sua dimensão integradora e interpretativa, guardam semelhança com o precedente do *stare decisis* como fonte do direito. Frise-se que elas se assemelham àquele regime quanto a constituírem importante fonte do direito e não no tocante a seu efeito vinculante, que no regime do *stare decisis* é muito mais flexível e incide muito poucas vezes nas questões constitucionais”.

O art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Daí se compreende, *prima facie*, que *uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. E nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente*, a teor do art. 927, III e V, do CPC.

No que diz com a exigência de integridade, incorporada ao citado art. 926 do Código de Processo Civil, *o respeito à autoridade dos precedentes deve ter, de fato e sempre, a primeira palavra sobre o Direito: e o necessário ponto de partida. A essa primeira palavra, muitas vezes – e espera-se que na maioria delas – nada se faz necessário acrescentar, o que não significa outra coisa senão a chancela do precedente.*

[...] ²⁸⁴

No mesmo voto, no entanto, a ministra Rosa Weber reconheceu que a aplicação de uma versão estrita do *stare decisis* poderia levar ao impedimento da evolução do direito. Em razão disso, a ministra pondera que existe uma “permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do direito, de

²⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 196-201 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

outro”. E conclui que o plenário sempre poderá revisar e evoluir seu entendimento, desde que se esteja “diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas”.²⁸⁵

²⁸⁵ “A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito, de outro. Sem deixar de apresentar consistência, o sistema deve reter flexibilidade suficiente para o seu desenvolvimento ao acomodar espaço para mudança e evolução. Ao olharmos para esse sistema com as lentes da tradição romano-germânica do Direito que aqui prevalece – legalista, estatutária – corremos o risco de abrigar, em nosso sistema, verdadeiras e nocivas distorções.

Soma-se a essa questão, outra, que lhe é conexa, e diz respeito a até que ponto uma Corte Constitucional está vinculada aos próprios precedentes, o chamado *stare decisis*.

Embora seja controvertida na doutrina, a questão relativa à vinculação dos tribunais constitucionais e Cortes de cúpula em geral as suas próprias decisões – o *stare decisis*, como já referido [...], ainda quando tal vinculação é reconhecida, nunca o é de modo inexorável. Diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas, não há muita dificuldade em se reconhecer que o tribunal “pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto”. Atento a essas justificações, o Código de Processo Civil de 2015, prescreveu no art. 927, §§2º, 3º e 4º que a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observara a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que, entendendo pertinente, poderá o Tribunal convocar audiência pública para a rediscussão da tese jurídica firmada anteriormente.

Pertinente é o reconhecimento de que a regra do *stare decisis* é particularmente flexível quando se trata de casos que envolvem a aplicação de preceitos da Constituição.

O próprio instituto da *causa petendi* aberta, tão caro à jurisdição constitucional, somente faz sentido se se reconhece a faculdade de a Suprema Corte rever suas decisões, não estando a elas estritamente vinculado, especialmente diante de novos argumentos jurídicos.

Por essa mesma razão – vale dizer, o caráter aberto e progressivo da jurisdição constitucional – não faz sentido impor, como condição de legitimidade da revisão das próprias decisões pela Corte Constitucional, qualquer espécie de limitação que assuma a forma de uma cláusula *rebus sic stantibus*.

[...]

Como último ponto, destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário e o *locus* adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, serem revisitados temas, e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial a que são vinculados, o art. 927, V, do CPC define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Essa compreensão é corroborada pelo art. 927, § 4o, do CPC, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência.

A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em *habeas corpus*, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária - que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros *habeas corpus*.

Importante pontuar, por fim, o meu entendimento de que a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, “deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça [...] – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.” – lição de Dworkin.

A decisão a ser tomada deve levar em conta justificação racional, do ponto de vista logico-argumentativo, como método de interpretação jurídica necessária e suficiente para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Do ponto de vista da integridade, *o respeito ao precedente não pode negar o direito subjetivo, titularizado por todo jurisdicionado, de ter seus casos julgados de acordo com a melhor concepção das normas jurídicas vigentes.* [...]. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 202-204. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021).

Nos debates que se iniciaram após a leitura do voto da ministra Rosa Weber, os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski levantaram algumas dúvidas a respeito do voto da ministra. Para saná-las, a ministra consignou que:

Procurei explicitar tudo isso, dizendo que as vozes individuais são muito importantes, devem se fazer presentes no debate. Mas, uma vez estabelecida uma voz coletiva por meio de decisões majoritárias ou – melhor seria – unânimes, essa passa a ser a voz da instituição. Pode-se alterar? Pode sim! Eu disse com todas as letras, nem precisaria dizer, hoje o Código de Processo Civil é expresso a respeito. Mas essa é a minha compreensão, não necessariamente a de Vossa Excelência.²⁸⁶

Vê-se, assim, que, na concepção da ministra Rosa Weber, uma versão moderada do *stare decisis* vige no Brasil. Para a ministra, em regra, o Plenário do STF deve respeitar seus próprios precedentes, podendo, no entanto, alterá-los caso se esteja diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas.

Apesar de não ter mencionado nem debatido expressamente o *stare decisis*, em seu voto, o Ministro Luiz Fux fez questão de justificar seu posicionamento com o argumento de que a evolução da sociedade teria dado azo a modificação da jurisprudência do STF, ocorrida em 2016, que passou a considerar constitucional a execução da pena após o encerramento da fase ordinária do processo penal. Ou seja, o ministro teve a preocupação de justificar a modificação da jurisprudência do Supremo com um argumento típico de ordenamentos que aplicam em algum grau o *stare decisis*: a incongruência social do precedente modificado. Afinal, se não houvesse nenhum grau de vinculação do STF aos seus próprios precedentes, não seria necessário apresentar justificativa especial dessa natureza para sustentar a legitimidade da mudança. São os trechos mais importantes a respeito do tema no voto do ministro Fux:

[...] o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

[...]

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do HC 84.079 reproduziu compreensão que, embora adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões.

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência não deve ser tida como absoluta, cedendo ante requisitos qualificados como os exigidos para a condenação em segundo grau de jurisdição.

²⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 218 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis.²⁸⁷

A questão da vinculação do Plenário aos seus próprios precedentes também foi trazida no voto do ministro Dias Toffoli. Conforme foi consignado no voto, o ministro considerou que o princípio da colegialidade exige que, em suas decisões monocráticas, os ministros sigam o entendimento das turmas e estas, o do pleno. No entanto, em sua concepção, não existe vinculação do pleno aos próprios precedentes. Conforme consignado no acórdão: “quando o tema volta ao Pleno, eu entendo como reabertas a tese e a questão. Eu entendo que não há vinculação deste Plenário sequer a súmula vinculante, muito menos a repercussão geral – do contrário, nós petrificaríamos o Direito”.²⁸⁸

De igual maneira, em seu voto, o ministro Marco Aurélio também analisou a questão da vinculação do Plenário do STF aos próprios precedentes. Ainda que a análise não tenha sido feita de forma tão detida como fizeram os ministros Edson Fachin e Rosa Weber, o voto concluiu que não existe tal vinculação.²⁸⁹

Concluída a análise dos precedentes do Pleno do STF a respeito da aplicação do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de enriquecer essa análise, passemos aos precedentes das turmas. Nesse sentido, relembramos que a pesquisa pelo termo “*stare decisis*” no mecanismo de busca do *site* do STF retorna, na presente data, dois acórdãos na Primeira Turma, e sete na Segunda Turma.²⁹⁰

Na enorme maioria desses acórdãos a aplicação do *stare decisis* não foi utilizada como fundamento determinante, mas como fundamentação complementar apresentada nos votos dos ministros Luiz Fux, na Primeira Turma, e Edson Fachin, na Segunda.²⁹¹ A única exceção é o

²⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 262 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 274 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁸⁹ “Há efeito vinculante, considerada a decisão proferida mediante repercussão geral? *Mais ainda, há efeito vinculante para os próprios integrantes do Supremo?* Claro que o exemplo vem de cima. *Não, não há o efeito vinculante*, basta conferir-se o Código de Processo Civil. Se o órgão de origem, prolator da decisão impugnada mediante recurso extraordinário sobrestado, aguardando a definição de entendimento pelo Supremo, não acolher o pronunciamento do Supremo, qual é a consequência? Perdem os integrantes do órgão o subsídio? Não! São multados? Não! Simplesmente, o órgão tem de remeter ao Supremo o recurso extraordinário interposto, o que revela não haver eficácia vinculante na decisão, na repercussão geral.” (grifos nossos) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. p. 356. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021).

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=stare%20decisis&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus nº 139663*. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, 06 de novembro de 2018. Disponível em:

Agravo de Instrumento nº 179.560, julgado pela Primeira Turma no já longínquo ano de 1996, tendo figurado como relator do recurso o Ministro Marco Aurélio, o qual, como a análise dos acórdãos do Pleno, considera o *stare decisis* inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro.²⁹²

5.2.3 Conclusão parcial quanto à visão do STJ e do STF sobre o *stare decisis*

O estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação ou não do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro revela que o instituto ainda está em construção no Brasil.

No âmbito do STJ, como apontado, há diversos acórdãos que atribuem um conceito impróprio ao termo *stare decisis*, ora utilizando-o como sinônimo de “teoria dos precedentes” e ora referindo-se a ele para tratar da vinculação vertical dos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior aos de hierarquia superior. A Petição nº 12.344/DF, nos autos da qual foi proferido o único acórdão encontrado em nossa pesquisa em que houve a utilização do *stare decisis* como dever de vinculação horizontal da corte aos seus próprios precedentes, a 1ª Seção do STJ chegou à conclusão de que o instituto não seria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.²⁹³

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748971117>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1233470*. Relator Min. Gilmar Mendes, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751968790>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1217425*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752114877>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 152919*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751677082>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 172163*. Relator Min. Gilmar Mendes, 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753027183>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus nº 142205*. Relator Min. Gilmar Mendes, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753982192>. Acesso em: 06 set. 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1153991*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753928593>. Acesso em: 06 set. 2021.

²⁹² “A Súmula [...] não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado “*binding effect*”, ao contrário do que se registra, no sistema da “*Common Law*”, por efeito do princípio do “*stare decisis et non quieta movere*”, que confere força vinculante ao precedente judicial. [...]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo de Instrumento nº 179560*. Relator Min. Celso de Mello, 23 de abril de 1996. p. 2 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=281493>. Acesso em: 06 set. 2021).

²⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021.

Apesar disso, para chegar a esta conclusão, o acórdão em questão partiu de premissas, a nosso ver, equivocadas, tais como considerar que o *stare decisis* teria “nascido e morrido” na Inglaterra, bem como que o instituto exigiria a vinculação absoluta dos tribunais aos próprios precedentes – como ocorria no Reino Unido anteriormente ao *Practice Statement* de 1966. Ou seja, a análise do STJ a respeito do *stare decisis* desconsiderou a versão contemporânea desse instituto, que, como demonstraremos a partir do próximo tópico, se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, com a prescrição do art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Por sua vez, no âmbito do STF, vale destacar que alguns dos integrantes da corte, como a ministra Rosa Weber e os ministros Edson Fachin e Luiz Fux, entendem e aplicam a regra da vinculação horizontal, considerando que o Pleno está vinculado aos próprios precedentes. Para esses ministros, essa vinculação só pode ser quebrada em casos absolutamente excepcionais, tal qual ocorre na versão moderada do *stare decisis*, que hoje vigora na Inglaterra, como apresentado no Capítulo 4 desta tese. Outros integrantes, como é o caso do ministro Dias Toffoli e dos atualmente aposentados ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, expressamente refutam a existência de algum tipo de vinculação do Pleno aos seus próprios precedentes. Para eles, há dever de vinculação vertical, mas sempre que um tema retorna ao Pleno, seus integrantes são livres para reinterpretar a matéria, sem qualquer amarra à interpretação pretérita do tribunal. Os demais ministros, ainda que não refutem expressamente o *stare decisis*, julgam como se a regra não existisse.

Essa situação é, a nosso ver, preocupante, na medida em que o caráter normativo dos precedentes é, atualmente, reconhecido por grande parte da doutrina nacional e estrangeira²⁹⁴ e a segurança jurídica, pela estabilidade normativa, depende do respeito pelos tribunais aos seus

²⁹⁴ Nesse sentido, entre outros: BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 53-54. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 99-100, 103-105, 174. GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 215-226. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 11. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. _____. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 48, 56, 62-64. NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antonio. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 82. TORES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 391. ROCHA, Sérgio André. *Da lei à decisão: a segurança jurídica possível na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 50.

próprios precedentes. Em razão disso, passamos a apresentar as razões pelas quais a ordem jurídica brasileira, tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional, determina a aplicação do *stare decisis*, especialmente, em matéria tributária.

5.3 Os fundamentos para a aplicação do *stare decisis* no Brasil

Antes de apresentar os fundamentos pelos quais o *stare decisis* é aplicável ao direito tributário brasileiro, é importante reiterar que o *stare decisis*, em sua concepção contemporânea, é a regra segundo a qual aquilo que foi decidido deve permanecer como tal, salvo se, excepcionalmente, houver uma justa causa para a alteração da decisão precedente. Tendo em vista essa concepção, parece-nos possível afirmar que o fundamento normativo para a aplicação do *stare decisis* no Brasil se encontra no princípio da segurança jurídica.

Retomando algumas ideias abordadas no Capítulo 3 desta tese, de um modo bastante genérico, o princípio da segurança jurídica envolve a confiança das pessoas de que o direito será respeitado ontem, hoje e amanhã. A função desse princípio é, dessa forma, reduzir as incertezas do ordenamento e preservar a confiança gerada sobre o seu bom funcionamento.

Em sua dimensão jurídica normativa, a segurança jurídica qualifica-se como um princípio jurídico que determina a tomada de medidas que aproximem o direito de um estado ideal em que ele seja *cognoscível*, *confiável* e *calculável*. Direito cognoscível não é aquele previamente determinado, mas determinável, permitindo que o cidadão tenha acesso material e intelectual ao conteúdo normativo. Direito confiável não é aquele que é imutável, mas aquele que assegura a estabilidade e a durabilidade normativa. E direito calculável não é o direito absolutamente previsível, mas aquele que permite que o cidadão consiga antever um espectro reduzidos de consequências possíveis a que estará submetido no futuro.²⁹⁵

Esses três elementos que compõem o estado ideal de coisas almejado pelo princípio da segurança jurídica – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade – permitem separá-lo em uma dimensão estática, mais diretamente relacionada à cognoscibilidade, e outra dinâmica, ligada aos outros dois elementos. Em sua dimensão estática, a segurança jurídica relaciona-se ao problema do conhecimento do direito e, em sua dimensão dinâmica, com a aplicação do direito no tempo.²⁹⁶

²⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 263-266.

²⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 304-307.

Essa divisão entre as dimensões estática e dinâmica do princípio da segurança jurídica é útil para se compreender a relação entre esse princípio e a aplicação do *stare decisis* no Brasil. Passamos, então, a analisar cada uma dessas dimensões de forma mais detida.

5.3.1 O *stare decisis* e a dimensão estática do princípio da segurança jurídica: o *stare decisis* e a cognoscibilidade do direito

Como apresentado no Capítulo 3 desta tese, a dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos estruturais que o direito precisa ter para servir de instrumento de orientação aos seus destinatários, ou seja, os requisitos para que o direito atinja o estado ideal de cognoscibilidade.²⁹⁷ Esse estado ideal exige que o direito seja compreensível e efetivo. O direito será compreensível se permitir ao cidadão conhecê-lo material e intelectualmente e será efetivo se aquilo que for compreendido for posteriormente efetivado.²⁹⁸

Além disso, o ideal de cognoscibilidade pode ser estudado a partir da perspectiva da norma e da perspectiva do ordenamento. Da perspectiva da norma, o princípio da segurança jurídica exige que o direito seja material e intelectualmente cognoscível. A cognoscibilidade material está ligada à publicidade das normas e a cognoscibilidade intelectual está ligada à clareza linguística e à determinabilidade. Já do ponto de vista do ordenamento, o princípio exige que este seja dotado de coerência e consistência.²⁹⁹ Analisaremos, em primeiro lugar, a aplicação do *stare decisis* do ponto de vista da norma.

5.3.1.1. O *stare decisis* e a cognoscibilidade da norma jurídica

Chegamos aqui ao primeiro ponto de intersecção entre o *stare decisis* e o princípio da segurança jurídica. Diante de tudo o que foi exposto até este ponto do presente trabalho, é possível afirmar que a norma jurídica não se confunde com o texto de lei. Ela é, na realidade, o resultado do processo interpretativo que tem como ponto de partida o texto legal expedido pelo Poder Legislativo. Dessa forma, ainda que seja dever do legislador produzir textos legais com o maior grau de determinabilidade possível, como expusemos no tópico 3.4, em regra, haverá mais de uma possibilidade interpretativa para cada texto legal. Como, então, compatibilizar

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 313.

²⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 304-305.

²⁹⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 225-226. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 314 e ss.

uma situação com admite mais de uma interpretação com a busca pelo estado ideal de cognoscibilidade intelectual, que exige clareza linguística e determinabilidade?

Parece-nos que a resposta ao questionamento passa pela vinculação dos tribunais aos próprios precedentes. Como também apresentado no Capítulo 3, o ideal de cognoscibilidade não pode ser alcançado pela determinação prévia e abstrata de hipóteses legais aferíveis mediante descrição da linguagem. Na atual fase do desenvolvimento da ciência jurídica, a cognoscibilidade da norma deixou de ser focada no fator linguístico, baseado na determinação prévia de hipóteses legais e passou a centrar-se nos processos de determinação, legitimação, argumentação e fundamentação. A compreensão da segurança jurídica como “garantia de conteúdo” deixou de responder aos problemas jurídicos concretos e precisou dar lugar ao paradigma da segurança jurídica enquanto controlabilidade semântico-argumentativa das decisões.³⁰⁰

O controle semântico decorre justamente da noção de determinabilidade, que tem por função reduzir as hipóteses interpretativas a um número pequeno e não muito dissonante de alternativas, afastando interpretações semanticamente impossíveis. Dentre as interpretações semanticamente possíveis, aquela mais adequada será aferida pela via argumentativa, isto é, pelo processo dialético, pautado pela argumentação racional e coerente das partes envolvidas, levando em conta texto e contexto. Ou seja, por meio do processo. Desse modo, a aplicação da lei passa a ser considerada arbitrária se não houver meios idôneos de se questioná-la por meio da apresentação de argumentos racionais a um Poder Judiciário independente, apto a avaliar e responder esse questionamento também por meio de fundamentação racional ou se a decisão não for fundamentada racionalmente.³⁰¹

Ainda que entendamos que a necessidade de fundamentação adequada das decisões seja uma exigência direta do princípio constitucional da segurança jurídica aplicado a esse cenário atual, em que o controle contra a prática de arbitrariedades está mais centrado no fator argumentativo do que no fator semântico, não se pode negar que algumas das “novidades” introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no ordenamento jurídico vieram em boa hora, corroborando o que se está defendendo nesta tese. Nesse sentido, o art. 489, § 1º do CPC estabeleceu um verdadeiro roteiro pelo qual o magistrado deve necessariamente passar no momento de decidir para bem fundamentar a decisão. Por bem fundamentar entenda-se fundamentar com base em argumentos racionais, evidenciando porque se acataram e porque se refutaram os argumentos apresentados pelas partes. É o que Daniel Mitidiero chama de

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 278; 341-349.

³⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 289-291.

“metodologia analítica capaz de viabilizar o controle intersubjetivo das razões invocadas no momento da interpretação”.³⁰²

Com efeito, como visualizado por Misabel Derzi, quando o Poder Judiciário “escolhe” justificadamente um dos sentidos semanticamente possíveis, está criando uma norma específica para aquele caso e fechando-se às demais alternativas.³⁰³ Em nosso entendimento, é justamente esse fechamento às demais alternativas que garante a determinabilidade da norma jurídica. Caso não haja fechamento, a sociedade sempre estará sujeita à aplicação das outras interpretações – ou seja, estará sujeita à aplicação de outras normas – em outros casos iguais. Admitir-se, assim, a não ocorrência desse fechamento interpretativo, seria incompatível com a exigência de determinabilidade, exigida pelo estado ideal de cognoscibilidade inerente ao princípio da segurança jurídica.

Parece-nos que esse fechamento interpretativo corresponde justamente ao dever de vinculação do Poder Judiciário aos próprios precedentes, ou seja, à própria regra do *stare decisis*. Considerar que o Poder Judiciário está autorizado a mudar de opinião sem uma justificativa racional para tanto, implica na tomada de uma atitude que prejudica a determinabilidade do direito e, assim, o afasta do estado ideal de cognoscibilidade. Se o Poder Judiciário puder, a qualquer momento e sob qualquer circunstância, optar pela solução A ou pela solução B para determinada questão jurídica, será impossível dizer que o direito é cognoscível. A solução sempre poderá ser A ou B. Por outro lado, reconhecendo-se que o Judiciário deve vincular-se aos próprios precedentes, há o “fechamento interpretativo” às demais alternativas semanticamente possíveis, o que implica em um direito mais determinável e, conseqüentemente, mais cognoscível.

Daniel Mitidiero vai além e assevera que “o precedente judicial constitui fonte primária do direito, cuja eficácia vinculante [...] decorre da própria força institucional da jurisdição como função básica do Estado” e que “em toda e qualquer perspectiva teórica que reconheça a diferença entre texto e norma – é imprescindível a vigência da regra do *stare decisis* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional”.³⁰⁴

Consideramos, diante do que foi exposto, que a adoção da regra do *stare decisis* é uma exigência do princípio constitucional da segurança jurídica para atuar em conjunto com o

³⁰² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

³⁰³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 188-189.

³⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85-86.

princípio da tipicidade tributária, a fim de garantir que o direito tributário brasileiro seja intelectualmente cognoscível. Se o princípio da tipicidade tributária é essencial para a atribuição de clareza linguística – sem o qual não há cognoscibilidade – a vinculação do Poder Judiciário aos seus precedentes é essencial para a atribuição de determinabilidade e, conseqüentemente, de cognoscibilidade do direito, com o seu fechamento às demais interpretações semanticamente possíveis.

5.3.1.2. O *stare decisis* e a cognoscibilidade do ordenamento jurídico

Como apresentado linhas acima, o ideal de cognoscibilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica pode ser estudado a partir da perspectiva da norma, bem como da perspectiva do ordenamento jurídico. O estudo do tema a partir da perspectiva da norma foi apresentado no tópico anterior, no qual se demonstrou que a exigência feita pelo princípio da segurança jurídica de que as normas sejam dotadas de cognoscibilidade intelectual leva à necessidade de vinculação do Poder Judiciário aos seus próprios precedentes, sob pena de não se atingir o que Misabel Derzi chama de “fechamento interpretativo”.³⁰⁵ Concluiu-se, assim, que o princípio constitucional da segurança jurídica, se analisado pelo viés da cognoscibilidade da norma, justifica e exige a aplicação do *stare decisis*.

No presente tópico, analisaremos como a exigência de coerência e consistência do ordenamento jurídico também leva à mesma conclusão, de que a vinculação do Poder Judiciário às próprias decisões é uma imposição decorrente do princípio da segurança jurídica.

Do ponto de vista estático, em um ordenamento jurídico coerente, o conjunto – isto é o sistema normativo – facilita a tarefa do intérprete de chegar à alternativa interpretativa mais adequada para o caso. As alternativas interpretativas de um ato normativo analisado isoladamente diminuem em um ordenamento coerente, capaz de guiar o intérprete, especialmente, por intermédio de seus princípios. Por sua vez, a consistência está relacionada à não contradição entre as normas componentes do ordenamento. A coerência tem, assim, um viés material, ao passo que a consistência tem um viés formal dentro do ordenamento, concorrendo para a diminuição das alternativas interpretativas, e, assim, para a cognoscibilidade do direito.³⁰⁶

³⁰⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 188-189.

³⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 350. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 291-293.

Pois bem, para que um ordenamento jurídico possa ser considerado coerente e consistente, não se pode admitir que o Poder Judiciário possa tomar decisões diferentes para casos semelhantes sem que haja uma justificativa válida para tanto. A vinculação vertical do Poder Judiciário é essencial para se manter a coerência e a consistência do ordenamento. Entendemos, todavia, que de nada adianta preservar a vinculação vertical se não houver, atuando conjuntamente com ela, a vinculação horizontal dos tribunais. Afinal, se as cortes superiores forem livres para, a qualquer tempo e sem uma justificativa forte, mudar de opinião, aplicando uma solução diferente da que fora dada para um caso semelhante no passado, não se poderá afirmar que o ordenamento jurídico é consistente nem coerente.

Apesar de o foco desta tese serem as justificativas constitucionais para a aplicação do *stare decisis* no direito tributário brasileiro, é importante destacar as alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015. Essas alterações dão concretude e corroboram o fato de que a vinculação do Poder Judiciário aos próprios precedentes é um elemento essencial para a manutenção da consistência e da coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, Daniel Mitidiero é enfático e expresso ao afirmar que:

a regra do *stare decisis* entre nós não decorre propriamente dos arts. 926 e 927 do CPC. A regra do *stare decisis* – em suas duas dimensões, horizontal e vertical – decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica...

Nessa perspectiva, os arts. 926 e 927, CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista [...] para uma perspectiva adscritivista da interpretação [...] exige a alteração do referencial da segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes mas a dinâmica reconstrução da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação.³⁰⁷

Com efeito, o Código de Processo Civil prescreve, em seu art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*”. Por sua vez, o art. 927 do referido diploma estabelece, em seus §§ 2º, 3º e 4º, requisitos para que sejam autorizadas modificações jurisprudenciais. Dentre esses requisitos, destaca-se “a necessidade de *fundamentação adequada e específica*, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.³⁰⁸

³⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão a vinculação*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81-83.

³⁰⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Ao analisar o art. 926 do CPC, que exige dos tribunais que mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, Lenio Luiz Streck explica que “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicadas nas decisões o forem para casos idênticos” e que “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário”. Por sua vez, a integridade, explica o autor, do ponto de vista jurisdicional, “exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada com o conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”. Desse modo, o autor arremata que “o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também não pode quebrar a cadeia discursiva ‘porque quer’ (ou porque sim)”.³⁰⁹

É importante notar que os conceitos de coerência e consistência apresentados por Humberto Ávila e Heleno Torres não coincidem com os conceitos de coerência e integridade utilizados pelo Código de Processo Civil e explicados por Lenio Streck. Na realidade, o conceito de integridade, utilizado pelo CPC, se aproxima do conceito de coerência apresentado por Ávila e Torres, ao passo que o conceito de coerência utilizado pelo CPC se aproxima do conceito de consistência utilizado pelos referidos autores. No entanto, essa divergência terminológica, se bem compreendida e utilizada não deve causar maiores problemas.

Essa dissonância terminológica entre os termos coerência, consistência e integridade se deve ao fato de que o CPC utilizou a terminologia adotada por Ronald Dworkin, ao passo que parcela da doutrina, aqui representada por Ávila e Torres, utilizam a terminologia cunhada por Neil MacCormick. O núcleo de ideias, no entanto, é convergente. Como explicam Hermes Zaneti Jr. e Alfredo Copetti Neto, o dever de coerência/consistência guarda a ideia de não

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 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.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In _____, ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Heremênutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157-158; 160.

contradição em sentido estrito. Já o dever de integridade/coerência guarda a ideia de coerência normativa em sentido amplo. Dessa forma, ao determinar que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, o art. 926 do Código de Processo Civil está dando concretude ao princípio da segurança jurídica por meio da determinação de que os tribunais se vinculem horizontalmente às suas próprias decisões, evitando modificá-las, a fim de prevenir contradições (coerência/consistência) e manter a harmonia geral do ordenamento. Convém transcrever as palavras dos autores:

O caput do art. 926 impõe, ainda, aos tribunais os deveres de *estabilidade* e *coerência* em sentido estrito. Estabilidade significa dizer não alteração, pelo menos tendencial, ou seja, não alteração frequente. A *estabilidade* é o dever de seguir os próprios precedentes, a presunção a favor dos precedentes já estabelecidos pelo tribunal, resultante da vinculação horizontal, ou seja, do *stare decisis*. A *coerência* (em sentido estrito), na linguagem do NCPC/2015, quer dizer “consistência”, dever de não contradição, na linguagem de MacCormick. A consistência/coerência em sentido estrito é o dever de não contradição da decisão em relação aos precedentes anteriores. A integridade/coerência é mais ampla, visa a integração da decisão com o ordenamento e na tradição jurídica como um todo (MacCormick), é mais que uma simples não contradição, revela a harmonia do precedente com os princípios mais gerais do direito em determinado ordenamento jurídico, extraídos dos precedentes anteriores, da unidade do ordenamento jurídico, da unidade da Constituição, no que poderíamos chamar de uma normatividade conglobante.³¹⁰

Vê-se, assim, que ao exigir do ordenamento jurídico coerência e consistência para se atingir o estado ideal de cognoscibilidade, o princípio constitucional da segurança jurídica está exigindo do Poder Judiciário a aplicação do *stare decisis*. Vale dizer: caso não se exija vinculação horizontal dos tribunais aos próprios precedentes, estar-se-á caminhando no sentido oposto ao da coerência e da consistência do ordenamento, já que se autorizará que o Poder Judiciário produza normas jurídicas contraditórias, dificultando que os cidadãos tomem conhecimento do direito vigente.

5.3.2 O *stare decisis* e a dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica: o *stare decisis*, a confiabilidade e a calculabilidade do direito

Como apresentado no Capítulo 3 desta tese (item 3.2.1.2), a dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos estruturais que o direito deve reunir para servir de instrumento de orientação aos cidadãos, de modo que estes possam viver com

³¹⁰ ZANETI JR. Hermes. COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? Convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In STRECK, Lenio Luiz. ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147-150.

liberdade o seu presente. Por sua vez, o estudo da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica tentará responder o que o direito precisa ter para que os cidadãos possam assegurar os efeitos jurídicos da liberdade exercida no passado, e planejar seu futuro. Vale dizer que em sua dimensão dinâmica, o princípio da segurança jurídica preocupa-se com a aplicação do direito no tempo.³¹¹

O estudo da aplicação do direito no tempo pode ser dividido em duas partes. A primeira delas preocupa-se com o respeito, no presente, dos efeitos jurídicos das ações praticadas no passado. Ela está ligada ao estado ideal de confiabilidade. A segunda parte da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica ocupa-se do respeito, amanhã, dos efeitos jurídicos dos atos praticados hoje, estando relacionada ao estado ideal de calculabilidade do direito.

5.3.2.1 O *stare decisis* e a confiabilidade do direito

Como apresentado em 3.2.1.2.1, o estudo da confiabilidade se interessa pelo problema da transição do passado para o presente. Esse tema envolve a análise da estabilidade e da eficácia normativas.

A estabilidade normativa pode ser analisada tanto por seu viés objetivo – a segurança jurídica em sentido estrito – como pelo seu viés subjetivo – a proteção da confiança legítima. A segurança jurídica em sentido estrito preocupa-se com a *permanência do ordenamento*, isto é, com a durabilidade das normas e com a sua não modificação de maneira constante. Já a proteção da confiança legítima se relaciona ao exercício da liberdade de alguém e está mais relacionada à produção de efeitos normativos que atinjam atos do passado do que com a mudança propriamente dita.³¹²

A segurança jurídica, em sentido estrito, como exposto, preocupa-se com a permanência do ordenamento. Ordenamento jurídico permanente é aquele que não muda de forma constante, aquele em que as normas tendem a durar no tempo. Essas características são essenciais para permitir que os cidadãos possam agir sem relutância de que as normas serão alteradas constantemente, já que as modificações constantes impedem o planejamento. Como destaca Humberto Ávila, “a estabilidade do ordenamento jurídico é condição para que o direito possa funcionar como guia de conduta em longo prazo”.³¹³

³¹¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 327-330. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 353.

³¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 355-356.

³¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 357-358.

Vale destacar, contudo, que essa exigência de durabilidade do ordenamento não pode ser confundida com a exigência por imutabilidade. Como já afirmado diversas vezes nesta tese, o direito imutável está fadado à ineficácia. O direito deve mudar para se adequar às mudanças sociais, sob pena de tornar-se anacrônico. Utilizando-nos, mais uma vez, das palavras de Humberto Ávila, “mudança ‘demais’ gera desconhecimento e desconfiança, porém mudança ‘de menos’ provoca inefetividade”.³¹⁴

Além de estável, o direito deve ser *efetivo* para proporcionar confiabilidade e, assim, segurança jurídica. De nada adiantará que o cidadão tenha conhecimento das normas se estas não forem minimamente obedecidas. Ainda que o ordenamento jurídico seja altamente dotado de cognoscibilidade, permitindo que o cidadão saiba que a consequência jurídica para o fato F é C, esse conhecimento não garantirá liberdade de escolha a este cidadão caso a consequência C possa ser aplicada ou não. Em um ordenamento sem efetividade normativa, a consequência para o fato F acaba sendo C ou não-C. Sem efetividade, portanto, não há confiança de que as consequências conhecidas serão aplicadas ou não.³¹⁵

Diante do que foi exposto, entendemos que as exigências de *permanência* e de *efetividade* para que o ordenamento jurídico possa atingir o estado ideal de confiabilidade justificam e dependem da adoção do *stare decisis* no Brasil. Como apresentado, o estado ideal de confiabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica é aquele em que se permite aos cidadãos que tenham a confiança de que as consequências jurídicas que eram conhecidas no momento que os negócios jurídicos foram praticados serão aplicadas.

Com efeito, conforme as premissas adotadas ao longo desta tese, a interpretação – e, conseqüentemente, a jurisprudência – assumiram, na pós-modernidade, um papel fundamental na construção e na definição das normas jurídicas. É o Poder Judiciário quem dirá, em última instância, qual é o conteúdo das normas jurídicas. Desse modo, uma vez estabelecido o sentido oficial da norma jurídica, o cidadão terá o mais alto grau possível de certeza quanto ao seu conteúdo e, assim, quanto às consequências para os diferentes negócios jurídicos por ele praticados. Todavia, se quando chegar a vez de o seu caso ser julgado o Poder Judiciário optar por não aplicar aquela norma, mas por construir uma nova norma, com um novo conteúdo – ou seja, optar por alterar sua jurisprudência – a um só tempo, o ordenamento jurídico perderá permanência e efetividade. A um só tempo, a regra será alterada, indo de encontro à necessidade de permanência do ordenamento, e deixará de ser aplicada, contrariando a necessidade de efetividade para que o ordenamento possa ser considerado confiável.

³¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 357-358.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 595-597.

Assim, ao exigir a vinculação dos tribunais aos próprios precedentes, o *stare decisis* garante a permanência e a efetividade do ordenamento, na medida em que determina a adoção, como regra, da manutenção e da aplicação das normas fixadas nas decisões precedentes, permitindo-se a desvinculação destas apenas em casos excepcionais, como apresentado no Capítulo 4 desta tese.

5.3.2.2 O *stare decisis* e a calculabilidade do direito

Além de cognoscível e confiável, o princípio da segurança jurídica almeja um estado ideal em que o direito seja também calculável. Desse modo, o cidadão inserido em um ordenamento jurídico que tem como um de seus nortes a segurança jurídica precisa ter condições não só de conhecer o conteúdo do direito e de confiar que o direito conhecido será aplicado, mas também de antecipar as mudanças que poderão ocorrer e lhe atingir no futuro. Esse, talvez, seja o ponto mais sensível desta tese e ao qual, felizmente, o *stare decisis* também se aplica como uma solução.

Necessário reiterar que calculabilidade não é sinônimo de determinação, isto é, de previsibilidade absoluta. A indeterminação inerente à linguagem e a dependência do direito de processos argumentativos tornam a previsibilidade absoluta algo inatingível. Mas o estado de determinação absoluta não só é inatingível, como também indesejável. Como exposto anteriormente, não se pretende um direito imutável. Aliás, o direito tem que mudar, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade, sob pena de tornar-se anacrônico e, assim, inefetivo. O que o princípio da segurança jurídica almeja, dessa forma, não é a previsibilidade absoluta, mas sim, a calculabilidade, que pode ser definida como “um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos próprios e alheios”. Conclui-se, dessa maneira, que o estado ideal de calculabilidade é aquele em que as mudanças sejam antecipáveis, não ocorram de forma brusca e se situem dentro de parâmetros previamente estabelecidos.³¹⁶

Como apresentado no item 3.2.1.2.2 desta tese, para se alcançar o estado ideal de calculabilidade, são requisitos a *anterioridade*, a *continuidade* e a *vinculatividade* do direito.³¹⁷ A *anterioridade* visa a postergar os efeitos das mudanças normativas, dando às pessoas tempo

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 604-605

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 605-606.

para que se preparem e, com liberdade, decidam o que fazer.³¹⁸ A *continuidade* normativa pode ser compreendida como “a ‘segurança rítmica’ pela suavidade e pelas regras de transição”, isto é, a exigência de que as mudanças normativas sejam feitas de modo gradual, em etapas, pouco a pouco, permitindo que o cidadão possa se planejar com liberdade e se adaptar à mudança.³¹⁹ Por fim, a vinculatividade pode ser definida, sinteticamente, como a necessidade de manutenção das normas, salvo se houver justificativa para a mudança, coibindo, assim, arbitrariedades.³²⁰

Esses três elementos relativos ao estado ideal de calculabilidade do direito guardam relação direta com a aplicação do *stare decisis* no direito tributário brasileiro. Entendemos, no entanto, que a vinculatividade guarda uma relação mais direta com a regra geral prescrita pelo *stare decisis* – que é o dever de seguir as decisões precedentes – ao passo que a anterioridade e a continuidade estão mais diretamente relacionadas à aplicação da exceção a tal regra geral, que é a superação do precedente. Em razão disso, entendemos ser mais conveniente, por motivos didáticos, abordar primeiro a relação entre *stare decisis* e vinculatividade e, depois, a sua relação com a anterioridade e a continuidade, todas exigências para se alcançar os estados ideais almejados pelo princípio constitucional da segurança jurídica.

5.3.2.2.1 O *stare decisis*, a calculabilidade e a vinculatividade do direito

Pois bem, retomando mais uma vez os conceitos abordados de forma mais detida no item 3.2.1.2.2 desta tese, a vinculatividade do direito pode ser estudada por dois ângulos principais: (i) as limitações normativas (a) estruturais e (b) formais e materiais; e (ii) a proibição de arbitrariedades.

Apresentaremos, a seguir, como cada um deles justifica a aplicação do *stare decisis* no Brasil.

5.3.2.2.1.1 O *stare decisis* e as limitações formais e materiais do Poder Judiciário

As limitações normativas estruturais podem ser compreendidas como a conjugação dos princípios constitucionais com as regras de estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. As regras de estrutura são as normas sobre a criação e a aplicação de normas.³²¹ Em direito

³¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 56, p. 125, 2001.

³¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 612.

³²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

³²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. 2011. P. 187-188.

tributário, são as regras de estrutura que distribuem a competência e traçam o arquétipo constitucional de cada tributo.

A conjugação das regras de estrutura com os princípios constitucionais tributários dá ao cidadão a segurança sobre quem pode alterar o que e em que medida as alterações poderão ser realizadas.³²² É justamente essa conjugação que permite que o cidadão saiba, a título exemplificativo, que somente o Poder Legislativo municipal poderá aumentar o IPTU incidente sobre seu imóvel, que esse aumento não poderá ser promovido pela eleição de uma base de cálculo que extrapole aquela delineada pelo arquétipo constitucional do referido tributo e que não poderá ter efeito de confisco. Vale dizer, assim, que o cidadão sabe que o IPTU poderá aumentar no próximo exercício, mas consegue calcular um espectro limitado dentro do qual esse aumento pode ocorrer, justamente em razão das regras tributárias de estrutura e dos princípios constitucionais tributários.

Por sua vez, as limitações normativas formais e materiais dizem respeito às limitações externas e internas a que os Poderes estatais estão submetidos, reduzindo a extensão e a intensidade das mudanças normativas. As limitações externas têm relação próxima com as limitações normativas estruturais, apresentadas acima. Externamente, o Poder Legislativo tem sua atuação limitada formal e materialmente pela Constituição Federal. Isso porque a Constituição Federal de 1988 não apenas estabeleceu requisitos formais para a atuação do Poder Legislativo, como também, especificamente em matéria tributária, impôs limites materiais a ele, justamente pelo delineamento do arquétipo constitucional de cada tributo.³²³ De maneira semelhante, os Poderes Executivo e Judiciário estão externamente limitados pela Constituição e, adicionalmente, pelas leis.³²⁴

No entanto, para o presente estudo, interessam mais as limitações internas desses Poderes do que suas limitações externas. Como assevera Humberto Ávila, o estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica exige que as decisões tomadas pelos Poderes os vinculem prospectivamente. Desse modo, só é lícito aos três Poderes desvincularem-se de decisões tomadas anteriormente se houver uma justificativa plausível para isso.³²⁵

Em relação às limitações internas do Poder Legislativo, explica Ávila, que em decorrência do *dever de coerência*, que pode ser compreendido como a aplicação do *princípio*

³²² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 63, 592-604.

³²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 625.

³²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 625.

³²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 622-624.

da igualdade no tempo, “tendo o Poder Legislativo adotado, no presente, determinados critérios de diferenciação entre os contribuintes, ele não pode, no futuro, afastar-se desses critérios sem qualquer justificativa”.³²⁶ Desse modo, o princípio da segurança jurídica, sob o viés da vinculatividade, justifica a intervenção do Poder Judiciário para o afastamento de um determinado texto normativo que estabeleça, sem justificativa plausível, um critério jurídico diferente do que fora adotado anteriormente pela legislação para uma situação análoga. Não se está afirmando com isso que o Poder Legislativo está proibido de “mudar de opinião”, alterando leis. Ele pode, desde que haja uma justificativa para a desvinculação do que fora decidido no passado.

O Poder Executivo, igualmente, está vinculado à sua própria atuação passada, não podendo, sem justificativa, abandoná-la. Caso o faça, violará o princípio da igualdade no tempo.³²⁷

Chegamos, por fim, ao ponto que mais nos interessa, as vinculações internas do Poder Judiciário. Como já exposto, externamente, o Poder Judiciário está vinculado pela Constituição e pelas leis. É necessário ter em mente que em um estado com separação de poderes, o papel primordial do Poder Judiciário é aplicar a o direito, a partir dos enunciados prescritivos constantes da Constituição e das leis. Nas palavras de Humberto Ávila, “a atividade do Poder Judiciário consiste em reconstruir as significações de dispositivos estabelecidos pelo Poder Legislativo, além de examinar a ocorrência dos fatos, por meio de uma série de atos concatenados destinados a dizer o direito”.³²⁸

Vê-se, assim, que a tarefa do julgador é interpretar fatos anteriores à decisão, não existindo a possibilidade de o cidadão que pratica esses atos saber, com exatidão, como esses fatos serão interpretados. Em razão dessa circunstância, como alerta Humberto Ávila, “toda decisão judicial, além de retroativa, é imprevisível”.³²⁹ Como, então, compatibilizar o labor do Poder Judiciário com o princípio da segurança jurídica?

O primeiro passo para compatibilizar a atuação do Poder Judiciário com o princípio da segurança jurídica é compreender que, ainda que na atualidade a jurisprudência seja uma fonte do direito, a atuação do Poder Judiciário se dá de modo diferente da atuação do Poder Legislativo. Se a atuação do Poder Legislativo é voltada à justiça geral e com a estabilidade normativa, a prática judiciária, preocupada com a justiça particular, é vocacionada para a

³²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 628.

³²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 622-623.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 633.

³²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 634.

mudança e para a incoerência. Essas características são absolutamente contrárias aos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, almejados pelo princípio da segurança jurídica.

Diante desse cenário, que revela uma aparente incompatibilidade entre a atuação do Poder Judiciário e o princípio da segurança jurídica, surge a necessidade de se pensar se é possível (ou necessário) conviver com essa incompatibilidade ou se há algum mecanismo capaz de superar essa problemática. Diante de tudo o que se expôs ao longo desta tese, parece-nos que a resposta a essas indagações é a de que não é necessário se conviver com essa incompatibilidade, já que ela é apenas aparente. A prática judiciária pode ser compatibilizada com os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e, especialmente, calculabilidade se ela for autolimitada por sua atuação pretérita.³³⁰

São precisas a esse respeito as lições de Humberto Ávila:

Essa autovinculação decorre da exigência de se tratar igualmente casos iguais. A lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus termos. Portanto, ainda que “cada caso seja um caso”, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato. Isso não significa que o Poder Judiciário não possa afastar-se dos seus precedentes. Significa, tão só, que, tendo sido adotada uma linha decisória, ele só possa dela se afastar quando houver razões justificativas suficientes para tanto.

O importante para o tema ora versado é que a referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho de previsibilidade da atuação do Poder Judiciário. Ao restringir a atuação futura com base na atuação passada, o princípio da igualdade reduz o espectro e a variabilidade das consequências atribuíveis a atos praticados pelo contribuinte.³³¹

Essa autovinculação do Poder Judiciário à sua atuação pretérita, salvo se houver motivos justos para a desvinculação, exigida para se alcançar o estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio constitucional da segurança jurídica é justamente o *stare decisis*, tal qual apresentado no capítulo 4 desta tese.

Cumpre aqui reiterar as lições de Daniel Mitidiero, segundo o qual em qualquer perspectiva teórica em que se reconheça a separação entre texto e norma, a aplicação do *stare decisis* é uma condição *sine qua non* do Estado Constitucional. Dessa forma, para o autor, a aplicação do *stare decisis* não depende de uma manifestação específica do direito positivo, já que decorre da própria função jurisdicional do Estado em uma perspectiva que considere que a

³³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 634-635.

³³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 635.

norma jurídica não é dada pelo Legislativo, mas construída mediante processos semântico-argumentativos.³³²

Humberto Ávila acrescenta que, ao lado da autovinculação do Poder Judiciário à sua atuação pretérita, outro fator interno que contribui para que o direito possa alcançar o estado ideal de calculabilidade é a estrutura hierarquizada deste Poder, somada à vinculação formal de alguns precedentes judiciais existente no ordenamento jurídico brasileiro.³³³ Sem dúvida, a hierarquia e a vinculação formal são importantes. Contudo, a importância desses elementos fica substancialmente diminuída se as cortes de vértice não estiverem autovinculadas à sua atuação pretérita.

Não se nega que a vinculação vertical dos diversos órgãos do Poder Judiciário contribua para se alcançar o estado ideal de calculabilidade. No entanto, entendemos que sozinha, ela não é suficiente para atingir esse objetivo. A situação atualmente vivenciada pelo Brasil é prova disso. Ainda que estejam em pleno funcionamento uma série de mecanismos tendentes à vinculação vertical dos órgãos do Poder Judiciário e até mesmo do Poder Executivo, como é o caso da Súmula Vinculante, a não adoção do *stare decisis*, isto é, da autovinculação horizontal, transmite ao jurisdicionado a ideia de que as cortes de vértice sempre poderão mudar de opinião. Esse fato estimula a litigiosidade e vai de encontro ao ideal de calculabilidade. O jurisdicionado não tem condições de prever, com um grau razoável de certeza, o espectro reduzido de consequências que poderão ser aplicados aos atos por ele praticados. Afinal, ainda que exista um precedente vinculante exarado por uma corte de vértice, nada impede que a questão jurídica volte àquela corte e esta mude de opinião, aplicando uma solução absolutamente diversa da adotada anteriormente. Basta, para tanto, que o jurisdicionado apresente os recursos necessários para que seu processo seja levado, de instância em instância, até as cortes de vértice.

A situação seria bastante diferente caso houvesse o reconhecimento de que o princípio constitucional da segurança jurídica justifica a aplicação do *stare decisis* e o dever de autovinculação a ele inerente. Sabendo que o Poder Judiciário está vinculado aos seus próprios precedentes, não podendo deles se distanciar, salvo se houver uma justa causa para tanto – isto é, caso o precedente se revele socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente – de

³³² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85-87.

³³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 635-637. O tema da segurança jurídica atrelada à hierarquia do Poder Judiciário é explorado com detalhamento por Guilherme Peloso Araujo em tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo: ARAUJO, Guilherme Peloso. *O sistema judiciário brasileiro e seus efeitos no âmbito do direito tributário: um caso concreto*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

nada adiantaria que o jurisdicionado recorresse até as cortes de vértice (salvo se o seu caso se enquadrasse em uma dessas situações excepcionais, que autorizam a revisão do precedente).

O *stare decisis* é, assim, um mecanismo essencial para se atribuir calculabilidade ao direito brasileiro. Sem a autovinculação horizontal, mesmo que existam mecanismos que assegurem a vinculação hierárquica vertical e formal dos órgãos do Poder Judiciário, a simples possibilidade de que as cortes de vértice mudem de entendimento ordinariamente vai de encontro ao ideal de calculabilidade. O princípio da segurança jurídica, assim, exige a autovinculação do Poder Judiciário à sua atuação pretérita, salvo se houver uma justa causa autorizadora da desvinculação. O princípio da segurança jurídica, tal qual previsto na Constituição Federal de 1988, assim, exige a aplicação do *stare decisis* no Brasil.

5.3.2.2.1.2 O *stare decisis* e a proibição de arbitrariedades pelo Poder Judiciário

A aplicação do *stare decisis* como mecanismo garantidor de vinculatividade normativa exige, diante de tudo o que foi exposto ao longo do presente tópico, que as decisões tomadas hoje sejam mantidas amanhã, a não ser que ocorra uma justificativa para a mudança. O *stare decisis* garante a aplicação do princípio da igualdade no tempo, pois caso sejam mantidas as circunstâncias, devem ser mantidas as decisões tomadas no passado, sob pena de violar o princípio da igualdade, cometendo-se uma arbitrariedade.³³⁴

O *stare decisis* contribui para o aumento da calculabilidade do direito por meio da proibição de arbitrariedades. Conforme as palavras de Humberto Ávila, “ainda que não capacite o cidadão a prever exatamente o conteúdo futuro do direito, pelo menos demarca, negativamente, os limites de sua configuração, já que afasta qualquer tipo de regulamentação futura desprovida de justificação”.³³⁵

A segurança jurídica é absolutamente avessa à prática de arbitrariedades. Todavia, haverá arbitrariedade toda vez que um cidadão receber tratamento jurídico distinto do que recebera outro cidadão, caso as condições concretas envolvidas em ambas as situações sejam as mesmas.

Por muito tempo, nos países cuja tradição jurídica se desenvolveu com base no *civil law*, depositou-se na determinação conceitual dos atos normativos – que em matéria tributária pode ser traduzido no princípio da legalidade tributária estrita – a missão de garantir aos contribuintes tratamento isonômico e livre de arbitrariedades. No entanto, a atual fase de desenvolvimento

³³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 639.

³³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640.

da ciência do direito, tal qual apresentado no item 3.4 desta tese, mostrou que a indeterminação é inerente à linguagem, o que torna inatingível o ideal de determinação absoluta da hipótese de incidência tributária por meio da lei. Atualmente, sabe-se que texto legal e norma jurídica não se confundem. O conteúdo das normas jurídicas deve ser construído, a partir dos textos legais, por meio de processos argumentativos e dialéticos. Essa circunstância trouxe o processo e, com ele, a jurisprudência para o centro do direito tributário. É no processo que a argumentação racional e a dialeticidade serão desenvolvidos. E é a jurisprudência que revelará o resultado desse processo e, portanto, o conteúdo da norma jurídica, que começou a ser construída no texto legal.

A estabilidade dessa jurisprudência, portanto, é algo essencial para se alcançar aquele estado ideal em que o contribuinte é tratado de maneira isonômica e não arbitrária, almejado pelo princípio da legalidade tributária estrita. E a estabilidade jurisprudencial, como demonstrado, só será alcançada caso os órgãos do Poder Judiciário – especialmente, as cortes de vértice – estejam vinculados aos próprios precedentes.

Como já afirmamos e reiteramos, essa estabilidade normativa não pode ser confundida com imutabilidade. O direito deve mudar para acompanhar as mudanças sociais, sob pena de tornar-se anacrônico e, assim, inefetivo. Todavia, mantidas as circunstâncias fáticas e normativas, a desvinculação do Poder Judiciário de seus precedentes transmuta-se em um ato arbitrário, que viola o princípio da igualdade no tempo – ou o dever de coerência – na medida em que aplica a dois contribuintes que praticaram o mesmo ato imponível consequências jurídicas distintas.

Diante de todo o exposto, considerando: (i) que a Constituição Federal de 1988 quis atribuir grau máximo de segurança jurídica ao contribuinte, com o objetivo principal de impedir a prática de arbitrariedades pelo Estado, e, para tanto, positivou o princípio da legalidade tributária estrita; e (ii) que o método utilizado por este princípio para atingir o estado ideal de segurança almejado – qual seja, a determinação conceitual prévia dos aspectos da hipótese de incidência tributária – não é suficiente para garantir a segurança jurídica almejada ao contribuinte, ante a necessidade do desenvolvimento de processos argumentativos para se construir o conteúdo da norma jurídica tributária, coloca-se o estudioso diante de duas opções. Ou se “reconhece a derrota” e se admite que, no Brasil, o contribuinte tem que aprender a conviver com um estado de insegurança jurídica tributária; ou se pensa em mecanismos que permitam a coexistência dos processos argumentativos necessários à construção da norma com o estado ideal de segurança próximo ao almejado pelo constituinte quando positivou o princípio da legalidade tributária estrita.

Parece-nos que a conclusão mais adequada é a segunda: é preciso adequar o direito à realidade, criando-se mecanismos que garantam a segurança jurídica mesmo em um ambiente em que o processo e jurisprudência tornaram-se elementos centrais na construção do conteúdo das normas jurídicas. É o que Daniel Mitidiero chama de “metodologia analítica capaz de viabilizar o controle intersubjetivo das razões invocadas no momento da interpretação”.³³⁶

Parece-nos que essa adequação ou essa “metodologia analítica” passa pelo reconhecimento de que para se alcançar o estado ideal de calculabilidade, almejado pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência deve ser calculável. Com efeito, o instrumento encontrado e defendido por esta tese, para que a jurisprudência brasileira sobre direito tributário consiga atingir esse estado ideal, é a adoção da doutrina do *stare decisis*. Isso torna a jurisprudência calculável porque reconhece que o Poder Judiciário deve seguir seus próprios precedentes, a não ser que estes se revelem socialmente incongruentes ou sistemicamente inconsistentes. Além disso, impõe ao Poder Judiciário um complexo encargo argumentativo, que exige a demonstração do desgaste social ou sistêmico do precedente.³³⁷

Assim, a hipótese de incidência tributária, tal qual interpretada pelo Poder Judiciário depois de realizados processos argumentativos, será mantida a não ser que sobrevenha uma dessas situações excepcionais.

Os princípios da segurança jurídica e da legalidade tributária estrita, desse modo, justificam a aplicação do *stare decisis* no Brasil. Por meio dele, garante-se ao contribuinte que este conheça, com elevado grau de precisão qual é o espectro de consequências que poderão ser aplicadas aos seus atos.

5.3.2.2.2 O *stare decisis*, a calculabilidade, a anterioridade e a continuidade do direito

Retomando o que fora apresentado anteriormente (mais especificamente no item 3.2.1.2.2 desta tese), para se alcançar o estado ideal de calculabilidade, além da vinculatividade, são requisitos a *anterioridade* e a *continuidade* do direito.³³⁸ A relação entre o *stare decisis* e a vinculatividade do direito foi apresentada no tópico anterior. Agora, trataremos da relação entre o *stare decisis* e os requisitos da anterioridade e da continuidade do direito.

³³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

³³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 605-606.

A vinculatividade, como exposto no tópico anterior, tem relação direta com a aplicação da regra geral do *stare decisis*, segundo a qual o Poder Judiciário deve vincular-se às suas decisões precedentes, salvo se houver justificativa para a mudança. Já a anterioridade e a continuidade têm uma relação mais próxima com a exceção prevista pela doutrina do *stare decisis*, que diz respeito às hipóteses em que o Poder Judiciário pode desvincular-se de um precedente se esse mostrar-se socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente. Para deixar mais clara essa relação, retomemos alguns dos pontos fixados no Capítulo 4 desta tese, especialmente, no item 4.2.2.3.

Como visto, nas soberanias que desenvolveram seus sistemas jurídicos com base no *common law*, a definição das situações em que o Poder Judiciário está autorizado a superar um precedente aconteceu empiricamente, ao longo de anos de experiência da prática judiciária. A doutrina, no entanto, estudou e sistematizou esses julgamentos, chegando à conclusão de que o Poder Judiciário se sente autorizado – ou até mesmo compelido – a superar um precedente quando este mostrar-se socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente e, concomitantemente, a manutenção do precedente trazer mais malefícios do que benefícios em termos de estabilidade normativa.³³⁹

Já nas situações em que a norma posta pelo precedente se mostrar socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente, mas ainda assim, os valores que determinam o padrão de estabilidade normativa mostrarem-se mais bem servidos pela preservação da regra fixada no precedente do que por sua anulação, deve-se realizar um juízo de ponderação, sopesando-se os custos de se manter uma norma incongruente ou inconsistente no sistema com os custos que a alteração da norma causarão em termos de estabilidade normativa. É o que Melvin Eisenberg chama de o *segundo princípio do overruling*, segundo o qual: “a norma estabelecida pelo precedente deve ser superada se, e somente se, as vantagens de tornar a norma jurídica socialmente congruente e sistemicamente consistente superarem os custos de não se preservar os valores que fundamentam a estabilidade normativa e o *stare decisis*”.³⁴⁰

Com efeito, se ao realizar essa ponderação o Poder Judiciário chegar à conclusão de que a superação do precedente causará mais malefícios do que benefícios em termos de estabilidade

³³⁹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 105-106 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 de jul. 2021.

³⁴⁰ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 121-122 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021. No original consta: “Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the legal rule socially congruent and systemically consistent out-weigh the costs of not serving the vales that underlie doctrnal stability and stare decisis”.

sistêmica e segurança jurídica, ele pode adotar posturas tendentes a mitigar os efeitos maléficos da mudança, até que se torne mais vantajoso superar do que preservar o precedente. A primeira dessas posturas é a sinalização prévia da mudança, e a segunda é a criação de regras de transição, tendentes a suavizar seus efeitos.³⁴¹ É exatamente isso o que exigem a anterioridade e a continuidade normativa, atreladas ao estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica.

Como apresentado de forma detida no item 3.2.1.2.2, a *anterioridade* visa postergar os efeitos das mudanças normativas, dando às pessoas tempo para que se preparem, calculem as consequências da alteração normativa e, com liberdade, decidam o que fazer.³⁴² Já a *continuidade normativa* pode ser compreendida como “a ‘segurança rítmica’ pela suavidade e pelas regras de transição”, isto é, a exigência de que as mudanças normativas sejam feitas de modo gradual, em etapas, pouco a pouco, de modo a permitir que o cidadão possa se planejar com liberdade e se adaptar à mudança.³⁴³

O Sistema Tributário Nacional foi minucioso ao tratar da anterioridade tributária, estabelecendo os princípios da anterioridade geral e da anterioridade nonagesimal.³⁴⁴ Apesar disso, as disposições normativas expressas na Constituição Federal a respeito do tema dizem respeito às alterações legislativas, não havendo nenhuma referência às alterações jurisprudenciais.

A respeito do assunto, Renato Lopes Becho assume como pressuposto de seu trabalho que todos podem mudar de opinião. Como afirma o autor, o direito, como dado cultural, “está sujeito a transformações, notadamente pelos influxos sociais”. Com efeito, o autor pondera que as “mudanças de opinião” do legislador foram amplamente reguladas pela Constituição Federal de 1988. Exemplos dessa regulamentação são o art. 5º, XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e, especificamente em matéria tributária, os arts. 105, III, “a”, “b” e “c”, que prescrevem os princípios da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária. De maneira semelhante, as “mudanças de opinião” do Poder Executivo também encontram regulamentação expressa na legislação

³⁴¹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 122, 126-127 Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

³⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 56, p. 125, 2001.

³⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 612.

³⁴⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 336-338.

brasileira, como é exemplo o art. 146 do Código Tributário Nacional. Não há, no entanto, nenhum comando constitucional regulando expressamente as mudanças jurisprudenciais.³⁴⁵

Apesar disso, entendemos que a falta de previsão expressa na Constituição Federal de uma norma estabelecendo um prazo para que as alterações normativas decorrentes de mudanças jurisprudenciais passem a gerar efeitos não impede o estabelecimento deste lapso temporal pelo próprio Poder Judiciário. Aliás, isso já ocorreu, por exemplo, nos autos do Recurso Extraordinário nº 714.139, em que o STF modulou os efeitos do acórdão, julgado em dezembro de 2021 – que considerou inconstitucional a estipulação, pelos estados, de alíquotas de ICMS para energia elétrica superiores à das operações em geral – para que este começasse a produzir efeitos apenas no exercício financeiro de 2024.³⁴⁶ Da mesma forma, nada impede que o Poder Judiciário fixe regras de transição alinhadas com o requisito da continuidade normativa. Na realidade, diante de tudo o que foi exposto ao longo desta tese, torna-se possível concluir que essa é uma exigência do princípio da segurança jurídica, a fim de alcançar o estado ideal de calculabilidade do direito.

Vale dizer, assim, que as cortes de vértice podem se deparar com situações em que existam precedentes jurisprudenciais socialmente incoerentes ou sistemicamente inconsistentes, mas os custos da eventual superação desse precedente, em termos de estabilidade normativa, se mostrarem maiores do que os benefícios que decorreriam da mudança. Nessas situações, por força do princípio da segurança jurídica, a corte poderá acrescentar um elemento à operação de ponderação, consistente na fixação um lapso temporal razoável para que os efeitos da mudança passem a valer, ou na criação de regras de transição. O acréscimo de um ou de ambos os elementos à operação de ponderação pode vir a alterar seu resultado “invertendo a balança”, já que, com tempo razoável para que os contribuintes se planejem e, com liberdade, decidam o que fazer, ou com o estabelecimento de regras que permitam uma transição suave entre o antigo e o novo regramento, os malefícios da alteração normativa poderão ser mitigados a ponto de tornar-se mais vantajosa a superação do precedente, do ponto de vista da estabilidade normativa.

Aliás, parece-nos que foi justamente o raciocínio de se proporcionar calculabilidade por meio da anterioridade que justificou a introdução do art. 927, § 3º do Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro, dando concretude ao que se está expondo nesta tese. O

³⁴⁵ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 51.

³⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 714.139/SC*. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>. Acesso em: 23 set. 2022.

referido dispositivo legal prescreve que “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*” (grifos nossos). Não nos parece que o dispositivo em questão tenha inovado a ordem jurídica brasileira, tendo em vista que, na concepção apresentada nesta tese, a possibilidade de se modular os efeitos de uma alteração jurisprudencial decorre diretamente do princípio constitucional da segurança jurídica. No entanto, o fato de o Código de Processo Civil de 2015 ter prescrito de forma expressa esse poder-dever revela que o legislador pátrio reconheceu o poder normativo da jurisprudência e preocupou-se com os efeitos potencialmente maléficos de sua modificação para a segurança jurídica do cidadão.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da segurança jurídica justifica a aplicação do *stare decisis* à prática judiciária brasileira não só sob o viés da vinculatividade, como exposto no tópico anterior, mas também sob o viés da anterioridade e da continuidade normativa.

5.4 Considerações conclusivas do capítulo

Neste capítulo buscou-se averiguar se a teoria dos precedentes forneceria respostas válidas – isto é, aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro – para combater os prejuízos que as constantes alterações jurisprudenciais têm causado em termos de segurança jurídica para o direito tributário brasileiro. Mais especificamente, buscou-se responder à seguinte pergunta: a Constituição Federal de 1988 admite a adoção da doutrina do *stare decisis* como mecanismo para garantir um nível maior de segurança jurídica em matéria tributária? Reputamos que esse é o ponto central da presente tese, já que reconhecemos que não se pode simplesmente importar um instituto de um sistema jurídico estrangeiro e aplicá-lo ao direito brasileiro, especialmente, quando se está abordando o direito tributário brasileiro, tratado de maneira pormenorizada em nível constitucional.

Considerando que o Poder Judiciário inglês – especialmente sua corte de vértice, a Câmara dos Lordes – teve um papel central na construção da doutrina do *stare decisis*, por paralelismo, iniciamos nosso estudo pela análise dos pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as cortes de vértice do Poder Judiciário brasileiro, a respeito do assunto.

No Superior Tribunal de Justiça, nossa pesquisa localizou um acórdão de grande importância a respeito do tema, proferido nos autos da Petição nº 12.344/DF, asseverando que

a doutrina do *stare decisis* não seria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.³⁴⁷ Com efeito, no STF, localizamos uma série de acórdãos, tanto das turmas como do plenário, versando sobre a existência ou não de um dever de autovinculação do tribunal aos seus precedentes – ou seja, sobre a aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo desses acórdãos revelou que o tema da aplicação do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro ainda é nebuloso, em especial, no STF. Enquanto alguns dos integrantes da corte entendem e aplicam a regra da vinculação horizontal, considerando que o Pleno está vinculado aos próprios precedentes, salvo quando este estiver diante de casos absolutamente excepcionais, de incongruência social ou inconsistência sistêmica, outros expressamente refutam a existência de algum tipo de vinculação horizontal, defendendo a liberdade do Pleno de para reinterpretar qualquer tipo de questão jurídica sempre que ela retornar àquele órgão.

Diante da falta de uma resposta firme do Poder Judiciário brasileiro a respeito da possibilidade ou não da aplicação da doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, passamos a avaliar se haveria algum fundamento normativo, especialmente de ordem constitucional, que pudesse responder a tal questionamento. Com efeito, encontramos no princípio constitucional da segurança jurídica e em sua reiteração em matéria tributária, o princípio da legalidade tributária estrita, uma justificativa juridicamente válida para a aplicação da doutrina do *stare decisis* no Brasil.

O princípio constitucional da segurança jurídica determina a tomada de medidas que aproximem o direito de um estado ideal em que ele seja *cognoscível, confiável e calculável*. Por muito tempo, nos países cuja tradição jurídica se desenvolveu com base no *civil law*, depositou-se na determinação conceitual dos atos normativos – que em matéria tributária pode ser traduzido no princípio da legalidade tributária estrita – a missão de garantir segurança jurídica aos contribuintes, afastando-os de uma tributação arbitrária. No entanto, a atual fase de desenvolvimento da ciência do direito revelou que a indeterminação é inerente à linguagem, o que torna inatingível o ideal de determinação absoluta da hipótese de incidência tributária por meio da lei.

Atualmente, sabe-se que texto legal e norma jurídica não se confundem. O conteúdo das normas jurídicas deve ser construído a partir dos textos legais, por meio de processos argumentativos e dialéticos. Essa circunstância trouxe o processo e, com ele, a jurisprudência

³⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021.

para o centro da questão da segurança jurídica no direito tributário. É no processo que a argumentação racional e a dialeticidade serão desenvolvidos; e é a jurisprudência que revelará o resultado desse processo e, portanto, o conteúdo da norma jurídica, que começou a ser construída no texto legal. Dessa forma, é inegável que a segurança jurídica em matéria tributária depende, atualmente, da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade da jurisprudência.

O estado ideal de cognoscibilidade exige que as normas jurídicas sejam material e intelectualmente compreensíveis e efetivas, bem como que o ordenamento jurídico seja coerente e consistente. O estado ideal de cognoscibilidade exige, assim, compreensibilidade, efetividade, coerência e consistência. O direito será compreensível se o cidadão puder saber qual seu conteúdo, será efetivo se esse conteúdo for aplicado pelos órgãos competentes, será coerente se os casos semelhantes receberem soluções semelhantes e será consistente se for livre de contradições.

Com efeito, para que a jurisprudência seja considerada cognoscível, ela deve ser dotada desses requisitos. A jurisprudência deve ser material e intelectualmente compreensível ao cidadão. Isso significa que, após fechar-se às demais hipóteses interpretativas que o texto legal dava, a jurisprudência consolida um conteúdo para a norma, dando ao cidadão conhecimento material e intelectual para seu conteúdo. Assim, caso seja possível que cada órgão julgante dê uma interpretação própria à norma ou se possam reabrir as hipóteses interpretativas em situações ordinárias, estar-se-á andando contra o estado ideal de cognoscibilidade almejado pela Constituição Federal, já que se dificultará o conhecimento material e intelectual do conteúdo do direito. Da mesma forma, caso a solução dada pelo caso precedente não seja aplicada aos subsequentes em razão da possibilidade de mudanças constantes dessa solução, estar-se-á afastando do requisito da efetividade, afinal, não se saberá, com grau razoável de certeza, se a solução será ou não aplicada futuramente. Igualmente, a não vinculação do Poder Judiciário ao fechamento interpretativo realizado é um ato contrário aos requisitos de coerência e consistência. Perde-se coerência caso se admita que as consequências aplicadas a um caso possam ser diferentes das consequências aplicadas a outro com as mesmas características daquele. Também se perde consistência, na medida que se contribui para a existência de contradições entre essas soluções. Vê-se, assim, que a vinculação do Poder Judiciário aos próprios precedentes é um requisito necessário a cognoscibilidade da jurisprudência.

O estado ideal de confiabilidade requer a estabilidade e a eficácia normativa. Assim, a jurisprudência será confiável se ela for estável e eficaz. A estabilidade normativa está relacionada à ideia de permanência do ordenamento, isto é, com a sua não modificação de

maneira constante. Dessa forma, para atingir o estado ideal de confiabilidade, almejado pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência precisa ser estável, não se alterando de forma constante. Além disso, a eficácia normativa exigida pela confiabilidade não se difere da efetividade exigida pela cognoscibilidade, tal qual exposto no parágrafo precedente. Vê-se, assim, que o princípio da segurança jurídica exige, para que se atinja o estado ideal de confiabilidade, que os órgãos do Poder Judiciário se vinculem ao que já foi decidido, salvo se houver uma causa extraordinária que justifique a desvinculação.

Por sua vez, o estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica exige que o direito seja dotado de anterioridade, continuidade e vinculatividade. Como exposto no item 5.3.2.2, a vinculatividade aplica-se como regra, exigindo que os órgãos estatais atuem com coerência, não mudando de opinião, salvo se houver uma razão que justifique a mudança. Já a anterioridade e a continuidade aplicam-se como princípios orientadores da exceção, isto é, quando há uma razão que justifique a desvinculação dos órgãos estatais das decisões tomadas anteriormente. Quando há, portanto, uma causa que justifique a não aplicação da regra da vinculação, a anterioridade exige que o Poder Público sinalize, com antecedência razoável, que a norma será alterada, bem como que crie mecanismos que tornem suave a transição da norma antiga para a nova.

Com o Poder Judiciário e com a jurisprudência, a análise da calculabilidade não deve ser diferente. Para se garantir a calculabilidade do direito, a jurisprudência deve seguir, como regra, a vinculação dos órgãos judicantes às decisões precedentes. E, havendo justa causa para a desvinculação, a criação da nova regra deve ser sinalizada com antecedência razoável e vir acompanhada de regras de transição que permitam que o cidadão se adapte às novas consequências jurídicas.

Diante de todo o exposto, considerando: (i) que a Constituição Federal de 1988 quis atribuir grau máximo de segurança jurídica ao contribuinte, com o objetivo principal de impedir a prática de arbitrariedades pelo Estado, e, para tanto, positivou o princípio da legalidade tributária estrita; e (ii) que o método utilizado por este princípio para atingir o estado ideal de segurança almejado – qual seja, a determinação conceitual prévia dos aspectos da hipótese de incidência tributária – não é suficiente para garantir a segurança jurídica almejada ao contribuinte, ante a necessidade do desenvolvimento de processos argumentativos para se construir o conteúdo da norma jurídica tributária, coloca-se o estudioso diante de duas opções. Ou se “reconhece a derrota” e se admite que, no Brasil, o contribuinte tem que aprender a conviver com um estado de insegurança jurídica tributária, ou se pensa em mecanismos que permitam a coexistência dos processos argumentativos necessários à construção da norma com

o estado ideal de segurança próximo ao planejado pelo constituinte quando positivou o princípio da legalidade tributária estrita.

Parece-nos que a conclusão mais adequada é a segunda: é preciso adequar o direito à realidade, criando-se mecanismos que garantam a segurança jurídica mesmo em um ambiente em que o processo e a jurisprudência tornaram-se elementos centrais na construção do conteúdo das normas jurídicas.

Parece-nos ainda que essa adequação passa pelo reconhecimento de que para se alcançar os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade almejados pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência deve ser cognoscível, confiável e calculável. Com efeito, o instrumento encontrado e defendido por esta tese para que a jurisprudência brasileira sobre direito tributário consiga atingir esse estado ideal é a adoção da doutrina do *stare decisis*.

A adoção da doutrina do *stare decisis* torna a jurisprudência cognoscível, confiável e calculável porque reconhece que o Poder Judiciário deve seguir seus próprios precedentes, a não ser que estes se revelem socialmente incongruentes ou sistemicamente inconsistentes. Além disso, ela impõe ao Poder Judiciário um complexo encargo argumentativo, que exige a demonstração do desgaste social ou sistêmico do precedente.

Assim, a hipótese de incidência tributária, tal qual interpretada pelo Poder Judiciário depois de realizados processos argumentativos, será mantida a não ser que sobrevenha uma dessas situações excepcionais.

Os princípios da segurança jurídica e da legalidade tributária estrita, desse modo, justificam a aplicação do *stare decisis* no Brasil. Por meio dele, garante-se ao contribuinte que este conheça, com elevado grau de precisão qual é o espectro de consequências que poderão ser aplicadas aos seus atos.

6 COLOCANDO A TESE À PROVA: ANÁLISE DE CASOS EM QUE HOUE MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

6.1 Considerações iniciais

Antes de se dar início à análise proposta no capítulo conclusivo desta tese, é necessário fixar uma premissa essencial, consistente na seguinte pergunta: o que se considera uma mudança de jurisprudência? A resposta a esse questionamento é essencial ao presente capítulo porque, na concepção adotada por este trabalho, haverá situações em que a mudança jurisprudencial será apenas aparente, não se lhes aplicando a doutrina do *stare decicis*, tal qual apresentada nesta tese.

Consideramos que só se pode falar em verdadeira mudança de jurisprudência quando o próprio tribunal que fixou a jurisprudência vem a modificá-la futuramente. Não há, assim mudança jurisprudencial, no sentido estrito utilizado por esta tese, quando, por exemplo, um tribunal superior altera o entendimento que vinha sendo praticado por um tribunal local ou ainda quando o STF altera a orientação que vinha sendo aplicada pelo STJ.

Relembramos, nesse sentido, as lições de Misabel Derzi. Conforme a autora, toda decisão judicial contém ao menos uma resposta geral a uma pergunta geral e uma resposta particular a uma pergunta particular. A questão particular diz respeito unicamente ao caso concreto e sua extensão se limita à parte dispositiva da sentença. Todavia, “por detrás de toda sentença, existe uma questão geral, uma *norma concreta judicial*, que se sacou da norma legal que a fundamenta” (grifos nossos). Dessa forma, a autora define o conceito de jurisprudência asseverando que fazem jurisprudência duas decisões que dão a mesma resposta geral à mesma questão geral, sendo irrelevantes o tempo ou o número de decisões no mesmo sentido. Basta que a decisão seja proferida em última instância e em caráter definitivo. Assim, se faz nova jurisprudência quando se dá uma resposta nova à antiga questão geral.³⁴⁸

O conceito de jurisprudência de Misabel Derzi, exposto acima, é semelhante ao conceito de precedente, apresentado por Daniel Mitidiero. Para o autor, “os precedentes [...] são as razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais”.³⁴⁹ Ao tratar

³⁴⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 258-261.

³⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81.

da superação de um precedente, Mitidiero é enfático ao afirmar que “é evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente”.³⁵⁰

Estabelecida essa premissa a respeito do que se considera uma verdadeira mudança de jurisprudência para os fins que são objetivados por esta tese, selecionamos para análise dois casos concretos em que ocorreu mudança jurisprudencial. O primeiro desses casos diz respeito à progressividade em impostos reais e o segundo, à tributação de *softwares*.

Esclarecemos que a escolha desses dois casos para colocar à prova a tese ora defendida, de que a doutrina do *stare decisis* é uma exigência do princípio da segurança jurídica em matéria tributária, não foi ao acaso. Em primeiro lugar, a escolha de apenas dois casos justifica-se pelo fato de que esta tese não tem o objetivo de identificar e analisar, à exaustão, os casos envolvendo matéria tributária em que houve mudança de jurisprudência. Busca-se apenas dar exemplos de casos em que houve mudança de jurisprudência em matéria tributária, a fim de demonstrar que com a aplicação da doutrina do *stare decisis* teria havido ganho em termos de segurança jurídica. Em segundo lugar, a escolha desses dois casos justifica-se pelo fato de que eles representam situações antagônicas. No primeiro caso, da progressividade em impostos reais, a doutrina do *stare decisis* foi ignorada pelo STF e isso implicou em uma sensível perda de segurança jurídica. Já no segundo caso, da tributação de *softwares*, essa doutrina foi aplicada, de modo que mesmo diante de uma alteração jurisprudencial, houve ganhos em termos de segurança jurídica para o direito tributário brasileiro.

Passemos, então, à análise desses dois casos.

6.2 Análise de casos concretos em que houve mudança de jurisprudência

6.2.1 A progressividade em impostos reais

Muito se discutiu sobre a aplicação da técnica da progressividade aos impostos classificados como reais, em oposição àqueles classificados como pessoais.³⁵¹ Em razão de a questão ter seu nascedouro na Constituição Federal,³⁵² o STF foi chamado a se manifestar sobre

³⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104.

³⁵¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 69-75. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286. CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 84-89.

³⁵² CF/88: “Art. 145. [...]”

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos,

o tema em algumas oportunidades. Ocorre que, nas primeiras vezes em que analisou o assunto – em casos relativos ao IPTU e ao ITBI – o tribunal constitucional firmou jurisprudência no sentido de que a progressividade não seria aplicável aos impostos reais, a não ser para o atingimento de finalidades extrafiscais. Apesar disso, ainda que não tenha expressamente afirmado ter havido a superação daquela jurisprudência, em pronunciamentos mais recentes, o tribunal afirmou que a técnica da progressividade seria aplicável ao ITCMD, tributo cuja natureza também é de imposto real, e ao próprio IPTU.

Analisemos, então, como esses precedentes foram formados para, na sequência, averiguarmos como se deu a modificação da jurisprudência neles representada.

6.2.1.1 A formação da jurisprudência

As primeiras vezes em que o STF analisou a questão da aplicação da técnica da progressividade aos impostos reais ocorreram em casos envolvendo o IPTU. Ao se pesquisar a jurisprudência do STF a respeito do assunto, verifica-se que o Tribunal Pleno proferiu, até a presente data, 32 acórdãos sobre o tema, sendo³⁵³ o mais antigo proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 153.771/MG, julgado em 20/11/1996.

Naquela ocasião, o STF interpretou o texto constitucional – especialmente, o § 1º do art. 145 da CF/88 – e considerou que sua melhor interpretação seria aquela no sentido de que a técnica da progressividade só seria compatível com os impostos de natureza pessoal e não com os impostos de natureza real. Desse modo, a única forma de progressividade admitida pela Constituição Federal de 1988 aos impostos reais seria a prevista na redação original de seu art. 156, § 1º³⁵⁴, qual seja, preservar o cumprimento da função social da propriedade (progressividade extrafiscal), não se admitindo a instituição de alíquotas progressivas em função do valor ou características próprias do imóvel (progressividade fiscal). A ementa do acórdão sintetiza com bastante precisão a razão de decidir do STF naquela ocasião:

EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, *não é*

identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

³⁵³ Pesquisa realizada em 11/01/2022, no mecanismo de busca de jurisprudência do site do STF, utilizando-se os termos “progressividade e IPTU”. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=progressividade%20e%20IPTU&sort=date&sortBy=asc. Acesso em:

³⁵⁴ “O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

*admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte.*³⁵⁵

A análise dos votos e dos debates entre os ministros que julgaram o Recurso Extraordinário nº 153.771/MG evidencia que, para construir essa *ratio decidendi* de que a técnica da progressividade seria incompatível com os impostos reais, as teses jurídicas antagônicas acerca do assunto foram amplamente analisadas e debatidas.³⁵⁶

³⁵⁵ Entre outros: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 153.771/MG*. Relator Min. Carlos Veloso. Redator do acórdão Min. Moreira Alves, 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 12 jan. 2022.

³⁵⁶ A título exemplificativo da análise e debate das teses antagônicas a respeito do tema, o relator – que restou vencido – consignou em seu voto que: “Há quem sustente que somente seria possível a progressividade do IPTU nas condições inscritas no art. 182, § 4o, da Constituição. Assim, por exemplo, a lição de MARCO AURÉLIO GRECO [...], IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, IONE DOLÁCIO DE OLIVEIRA [...] e BERNARDO RIBEIRO DE MORAES [...]. Assim, entretanto, não deve ser entendido. O que está na Constituição, ao que me parece, é que é possível distinguir a progressividade fiscal — C.F., art. 145, § 1º, art. 156, § 1o — da progressividade-sanção inscrita no art. 182, § 4o, II. [...] De todo o exposto, ressei a conclusão no sentido de que, forte na Constituição, art. 145, § 1o, as alíquotas do IPTU deverão ser progressivas, forma, aliás, de se emprestar a esse imposto caráter de personalidade, dado que a progressividade, segundo M. DUVERGER, lembra Hugo de Brito Machado, “constitui um dos meios mais eficazes de personalização do imposto.”

[...] Após a apresentação do voto do relator, o Ministro Moreira Alves pediu vista e, na sequência, apresentou seu voto, afirmando o seguinte: “Com a devida vênia do eminente relator, não me parece que assim seja. [...] Adotando a distinção clássica segundo a qual os impostos podem ter caráter pessoal ou caráter real (é a classificação que distingue os impostos em pessoais e reais), visa a que os impostos, sempre que isso seja possível, tenham o caráter pessoal, caso em que serão graduados - e um dos critérios de graduação poderá ser a progressividade - segundo a capacidade econômica do contribuinte. Por outro lado, em face desse dispositivo, não se pode pretender que a expressão “sempre que possível” se refira apenas ao caráter pessoal do imposto, e que, por isso, o princípio da capacidade contributiva seja aplicável a todos os impostos ainda quando não tenham caráter pessoal, como sustentam Américo Lacombe e José Maurício Conti, citados no voto do eminente relator. De feito, a parte final do dispositivo em causa repele essa conclusão, porque a Constituição atribui à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, “especialmente para conferir efetividade A ESSES OBJETIVOS”, ou seja, ao objetivo de que os impostos, se possível, tenham caráter pessoal e ao de que esses impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, certo como é que essa faculdade de identificação só tem sentido quando se trata de imposto de caráter pessoal”. Após a apresentação dos dois votos, cada um favorável a uma das teses jurídicas postas em oposição a respeito da progressividade dos impostos reais, iniciaram-se os debates de maneira explícita: “O SENHOR MINISTRO FRANCISCO REZEK: O tema em debate é o da progressividade, é o da variedade da alíquota, à margem da óbvia diferença entre o tributo a ser pago por propriedades de maior valor e propriedades de menor valor. Discute-se a questão de saber se a alíquota mesma deve variar e, a esse respeito, lendo os dispositivos pertinentes da Constituição da República, não consigo, embora consciente dos bons propósitos do legislador municipal no caso, ver duas progressividades possíveis, duas progressividades facultadas ao município. O que se estampa na área do art. 182 é necessariamente associado ao que reza o § 1º do art. 156, quando diz que: compete aos municípios instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. A Carta diz em seguida, que o imposto predial e territorial urbano poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o

Com efeito, após analisar e discutir as duas teses antagônicas a respeito do tema da progressividade dos impostos reais, o STF, pela maioria de seus membros, chegou à conclusão de que, na concepção majoritária do tribunal, a melhor interpretação para o texto constitucional seria a de que os impostos reais não admitem progressividade fiscal de alíquotas.

cumprimento da função social da propriedade. A mesmíssima Carta estampa no art. 182 o conceito do que seja a função social da propriedade urbana. Diante disso, pergunto se o intérprete poderia trabalhar com dois valores diferentes, duas formas possíveis de progressividade: que a Constituição dá como possível no art. 156, e cujo substrato ideológico ela define claramente no art. 182 - §2º, e uma outra tirada do art. 182, visto como inteiramente estranho ao art. 156. O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - V. Exa. me permitiria um aparte? Se não separarmos, para que então o § 1º do art. 156, se toda a questão estaria sendo tratada no art. 182? O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK - Esse é o momento em que se dá competência ao município para estabelecer tal imposto. É o momento em que o constituinte - e V. Exa. conhece esse fenômeno como ninguém que não é imune à tentação de repetir coisas em postos variados do seu texto tão extensivo, ao estabelecer que compete ao município instituir esse tipo de imposto, fala da progressividade possível e do seu fundamento: a função social da propriedade. Ao falar, depois, em política urbana, ele resolve definir o que seja a função social da propriedade urbana no sentido constitucional, no sentido em que se abre a porta ao legislador municipal para estabelecer a progressividade, que é algo mais do que simples diferença no montante do tributo em razão do valor da propriedade. O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Aí, no art. 182, temos a política urbana. Uma coisa é cuidar da política urbana, do ordenamento das cidades, emprestar ao imposto caráter extrafiscal, outra coisa é dispor em termos estritamente fiscais, tributários, com a finalidade de arrecadar o tributo. O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK - Então há duas progressividades, de acordo com a tese de V.Exa.? O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - O Professor Carraza fala em três; a Professora Elizabeth Nasar fala também, em três progressividades. Eu fico com duas, porque conjugo o § 1º do art. 145 com o § 1º do art. 156. O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. me permite? Vamos ter uma função social definida por cada um dos cinco mil e quinhentos municípios. Isso é a restrição ao direito de propriedade. É garantia fundamental: a Constituição o diz especificamente; isso seria como se pretender que, com relação à desapropriação de imóveis improdutivos, pudesse vir a lei e estabelecer uma outra função social que não aquela prevista na Carta Magna. O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR)- Expressamente, estabelece o § 1º do art. 156: "O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Isto é intervenção econômica. É matéria exclusiva de lei federal. O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - De forma alguma. O Município tem competência para tributar, em termos de IPTU. A Constituição dá a essa entidade política tal competência e expressamente lhe confere o poder de tornar essas alíquotas progressivas, tendo em vista a função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º). E essa função social da propriedade, neste caso, tem características fiscais, diz respeito ao aspecto tributário; a outra, situa-se no campo da política urbana, art. 182, que é a grande preocupação não somente dos brasileiros, mas também dos administradores e dos técnicos do mundo inteiro, pois as populações das cidades crescem, crescendo, assustadoramente, os seus problemas. O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK - Eminentemente Ministro Velloso, figure V. Exa. a cidade ideal; pense num lugar de dimensões reduzidas, primorosamente administrado ao longo de décadas, onde poderíamos dizer que neste momento histórico todos os imóveis urbanos obedecem às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Reconheceríamos, também, que nesse município ideal todas as propriedades urbanas cumprem sua função social à luz do § 2º do art. 182. V. Exa. entende que ainda assim esse imposto pode ser progressivo à luz do § 1º do art. 156? A que título, se já assegurada a função social da propriedade? O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR)- Em nome de uma política fiscal. Penso que os dois conceitos diferem, podem não ser coincidentes. A função social, com a finalidade de se estabelecer uma maior ou menor arrecadação do IPTU, pode ser diferente daquela que é estabelecida no plano diretor, tendo em vista a formulação de uma política urbana. Mas sei que há quem sustente, o Professor Aires Barreto, por exemplo, que é uma só. O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK - Foi de grande valor seu esclarecimento, Ministro Velloso. Já depurei minha ideia, que é simples: não consigo ver a expressão "função social da propriedade", consignada em dispositivos quase que vizinhos da Constituição, como significando coisas diferentes num e noutro. Pergunto-me quais seriam as consequências de dar ao município a prerrogativa de entender que a Constituição faculta mais de uma forma, mais de um fundamento, mais de uma premissa de progressividade... Nessas circunstâncias, peço-lhe vênua para acompanhar o voto dissidente do Ministro Moreira Alves."

Os acórdãos proferidos pelo Tribunal Pleno do STF posteriormente ao Recurso Extraordinário nº 153.771/MG respeitaram a *ratio decidendi* fixada no precedente. Todos eles julgaram inconstitucionais leis municipais que haviam instituído alíquotas progressivas de IPTU em função de seu valor ou de outras características atinentes aos imóveis, tendo como razão de decidir a natureza real desse imposto.³⁵⁷

Em 13/09/2000, ocorreu uma importante alteração legislativa a respeito do tema da progressividade fiscal do IPTU. Nessa data, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29. Essa emenda constitucional alterou a redação do § 1º do art. 156 da Constituição Federal de 1988, que passou a prever, de maneira expressa, a possibilidade de instituição de alíquotas progressivas para o IPTU em função do valor, da localização e do uso do imóvel.³⁵⁸

A Emenda Constitucional nº 29 foi interpretada pelo STF como a confirmação de sua jurisprudência. Para o tribunal, tanto estava certa a sua interpretação de que a progressividade fiscal seria incompatível com os tributos de natureza real que foi necessária a expedição de uma norma constitucional expressa, criando uma exceção a esta regra relativamente ao IPTU. Ou seja, a criação de uma exceção confirmou a regra. Esse entendimento foi consolidado na Súmula

³⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 204.827/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 11 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239562>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 167.654/MG*. Relator Min. Maurício Corrêa. 25 de março de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216747>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 189.824/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 01º de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=282605>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 202.261/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 24 de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=238273>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 194.036/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 24 de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=233723>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 192.737/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 05 de junho de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232948>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 204.666/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 17 de março de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239465>. Acesso em: 12 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 228735/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 20 de maio de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252713>. Acesso em: 12 jan. 2022.

³⁵⁸ “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

[...]

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000](#))

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000](#))

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000](#))”.

668 do STF, cujo enunciado prescreve que: “é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.³⁵⁹

Com efeito, confirmando sua jurisprudência no sentido da incompatibilidade constitucional entre a progressividade fiscal e os impostos reais, o STF considerou inconstitucionais uma série de leis municipais que haviam instituído alíquotas progressivas de ITBI, que, assim como o IPTU, são considerados impostos reais. Nesse sentido, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 234.105/SP, o precedente relativo ao IPTU (Recurso Extraordinário nº 153.771/MG) foi invocado pelos ministros e sua *ratio decidendi* aplicada, para julgar inconstitucional lei paulistana que havia instituído alíquotas progressivas de ITBI em função do valor do bem imóvel transmitido.³⁶⁰

Os julgamentos posteriores a respeito da aplicabilidade da sistemática da progressividade ao ITBI, realizados pelas turmas, aplicaram o mesmo entendimento exarado pelo Pleno no Recurso Extraordinário nº 234.105/SP.³⁶¹ Houve, inclusive, a edição da Súmula

³⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 668*. 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula668/false>. Acesso em: 13 jan. 2022.

³⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 234.105/SP*. Relator Min. Carlos Veloso. 08 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>. Acesso em: 13 jan. 2022. Isso fica absolutamente claro quando se analisam os votos proferidos pelos integrantes da corte no julgamento do recurso extraordinário em questão: “O Sr. Ministro Nelson Jobim – Sr. Presidente, vou divergir do fundamento de V. Exa. [...]. Creio, então, ser o caso de acompanhar V. Exa., mas pela razão de estarmos diante de um imposto de natureza real, portanto, insuscetível da verificação da condição pessoal. [...] O Sr. Ministro Maurício Corrêa – Sr. Presidente, peço vênias para adotar os fundamentos do voto do Ministro Moreira Alves proferido no julgamento do RE nº 153.771, de Minas Gerais, [...] quando fez a distinção entre o imposto real e o de natureza pessoal. [...] O Sr. Ministro Ilmar Galvão – Sr. Presidente, também peço vênias a V. Exa. Para votar de acordo com os fundamentos do precedente do Ministro Moreira Alves. Neste caso, assim como na hipótese do IPTU, estamos diante de imposto a que se pode emprestar caráter pessoal para o fim de graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]. O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, creio aplicável ao caso, com mais razão, as considerações feitas por mim ao aderir ao voto do Sr. Ministro Moreira Alves no RE 153.771, relativo ao IPTU, ao entender que o art. 145, § 1º, impõe uma distinção entre impostos pessoais e não pessoais, e só quanto aos primeiros permite a graduação conforme a capacidade contributiva, que é a característica dos impostos progressivos. [...] O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Sr. Presidente, também peço vênias para seguir a conclusão de V. Exa., mas baseado no fundamento segundo o qual os impostos reais são infensos à aplicação do critério da progressividade. [...] O Senhor Ministro Sydney Sanches: - Sr. Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, declarando a inconstitucionalidade que V. Exa. Também declara, mas pelos fundamentos deduzidos no RE nº 153.771, adotados por mim a partir do voto do Ministro Moreira Alves. [...] O Senhor Ministro Moreira Alves – Sr. Presidente, também concordo com a conclusão de V. Exa., porém o fundamento é o de que, no caso, se trata de imposto de natureza real, à semelhança do que sustentei no RE nº 153.771”.

³⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 227.033/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 10 de agosto de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251996>. Acesso em: 13 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 456.768/MG*. Relator Min. Joaquim Barbosa. 14 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615252>. Acesso em: 13 jan. 2022. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 346.829/MG*. Relator Min. Marco Aurélio. 08 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619975>. Acesso em: 13 jan. 2022.

nº 656/STF, cujo enunciado dispõe que: “é inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter-vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.”³⁶²

Vale dizer, assim, que a *ratio decidendi* adotada pelo STF para julgar a aplicabilidade da técnica da progressividade ao IPTU – a incompatibilidade dessa técnica com os impostos reais – foi respeitada e adotada pelo tribunal para julgar a aplicabilidade da mesma técnica para o ITBI, que também é um imposto real.

Estava consolidada, assim, a jurisprudência do STF a respeito da aplicabilidade da técnica da progressividade fiscal aos impostos reais.

6.2.1.2 A mudança da jurisprudência

Apesar da consolidação da jurisprudência do STF pela inconstitucionalidade da instituição de alíquotas progressivas a impostos reais, essa *ratio decidendi* não foi levada em conta quando o tributo em pauta era o ITCMD.

Em 01/02/2008, o Tribunal Pleno do STF reconheceu a repercussão geral do Tema 21: “*fixação de alíquota progressiva para o imposto sobre transmissão causa mortis e doação*”, nos autos do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS. Em 06/02/2013, esse recurso extraordinário teve seu mérito julgado, fixando-se a seguinte tese: “é constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação — ITCD”.³⁶³ É imperioso, assim, analisar os votos e os debates atinentes a esse julgamento, a fim de compreendermos quais as razões levadas em conta pelo Pleno do STF para afastar-se de sua própria jurisprudência a respeito da aplicabilidade da técnica da progressividade aos impostos reais.

Como visto no Capítulo 5 desta tese, para que esse afastamento fosse válido perante a teoria dos precedentes – e, conseqüentemente, perante o princípio constitucional da segurança jurídica – seria necessário: (i) que o STF tivesse feito a *distinção* entre os impostos em questão, com a consideração de que o ITCDM seria um imposto com características distintas do IPTU e

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 826.208/RS*. Relator Min. Joaquim Barbosa. 15 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621254>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 656*. 24 de setembro de 2003. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula656/false>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 14 jan. 2022.

do ITBI, em relação à classificação entre tributos reais e pessoais; ou (ii) não havendo distinção, que a *superação* da jurisprudência tivesse sido justificada com base na incoerência social ou na inconsistência sistêmica dos precedentes no momento do julgamento do caso novo.

Logo na abertura de seu voto, o relator originalmente designado, Ministro Ricardo Lewandowski, fez referência detalhada tanto ao RE nº 153.771/MG, em que a corte analisou a aplicabilidade da progressividade ao IPTU, como ao RE nº 234.105/SP, em que se confrontou a progressividade e o ITBI:

Esta Suprema Corte já se debruçou sobre o tema, ao cuidar da progressividade do IPTU, no julgamento do RE 153.771/MG [...], fixando-se, a respectiva ementa, as seguintes premissas:

- IPTU. Progressividade
- No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocadamente um imposto real.
- Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque *esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte*, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).

[...]

Posteriormente, ao julgar o RE 234.105/SP, em que se discutia a possibilidade de fixação de alíquotas progressivas para o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, do qual foi Relator o Ministro Carlos Velloso, este Supremo Tribunal proferiu decisão que porta a seguinte ementa:

[...]

Naquele julgamento, com exceção do Ministro Marco Aurélio, os votos dos demais componentes da Corte (Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves), embora tenham acompanhado o relator na parte dispositiva do voto, ao invés de invocarem a ausência de autorização constitucional para a fixação de alíquotas progressivas para o ITBI, *adotaram, como fundamento, a distinção entre impostos de natureza real e pessoal*.³⁶⁴ (grifos nossos)

Com efeito, em respeito aos referidos precedentes da corte sobre a progressividade aplicada ao IPTU e ao ITBI, o voto do relator foi pela aplicação da *ratio decidendi* então fixada, afastando a possibilidade da previsão, pelos entes tributantes, de alíquotas progressivas para o ITCMD, por considerar que esse é um imposto real:

No que respeita, especificamente, à progressividade do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis, registro que este já foi objeto de algumas decisões monocráticas, em sentido divergente, nesta Corte. Cito como exemplo aquela proferida pelo Ministro Marco Aurélio, no RE 563.261/RS, na qual considerou hígida, do ponto de vista constitucional, a progressividade do tributo em questão, e a prolatada, no AI 581.154/PE, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que concluiu pela inconstitucionalidade dessa sistemática fiscal, sobretudo porque a lei pernambucana, então contestada, à semelhança da lei gaúcha ora impugnada, impunha alíquotas progressivas tendo em conta o valor total dos bens e direitos transmitidos.

³⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 7-12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

Não obstante o dissenso esboçado pelas citadas decisões monocráticas, *diante da posição, até o momento, consolidada do Plenário da Casa acerca do tema de fundo, qual seja, o da impossibilidade de estabelecer-se a progressividade no caso de impostos de natureza real, peço vênia aos que divergem para filiar-me ao entendimento de que a locução "sempre que possível. os impostos serão graduados", estampada no § 1º do art. 145 da Lei Maior, está necessariamente atrelada à expressão "capacidade econômica do contribuinte", que a ela se segue.*

[...]

Isso porque é da natureza do imposto real atingir uma dada situação, eleita pelo legislador, sem levar em consideração as qualidades pessoais que refletem o poder econômico dos contribuintes. Não é possível, com efeito, aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações com base, exclusivamente, no conjunto de bens ou direitos transferidos ao herdeiro, legatário ou donatário.

Entendo, ademais, que cumpre também aplicar, com relação a estes, o mesmo raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis - ITBI e ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, segundo o qual não é possível presumir a capacidade econômica do contribuinte, simplesmente, a partir do valor do bem ou da operação tributada.

[...]

Daí que, se a capacidade econômica não é levada em conta na imposição dos impostos reais, a progressividade, nesses tipos, só pode ocorrer em razão de expressa disposição constitucional e no limite dos casos especificamente nela previstos.

Assim, vê-se, que, além da progressividade, prevista no § 1º do art. 145, aplicável aos impostos de natureza pessoal, o constituinte admitiu-a, pontualmente, para alguns impostos reais, sempre buscando a obtenção de efeitos extrafiscais, a saber:³⁶⁵

O voto do relator, no entanto, foi acompanhado apenas pelo Ministro Marco Aurélio. Todos os demais ministros integrantes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS deram provimento ao recurso, para julgar constitucional a instituição de alíquotas de ITCMD progressivas em função do valor da herança ou da doação recebida.

O primeiro voto divergente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS foi o preferido pelo Ministro Eros Grau. A análise desse voto releva, em primeiro lugar, que não foi feita nenhuma *distinção* entre as características do ITCMD e do IPTU e ITBI, que pudesse justificar a aplicação da progressividade ao primeiro, mas não aos últimos – isto é, que a tese jurídica fixada pelos precedentes do STF não seria aplicável ao ITCMD porque este teria características pessoais e não reais. O voto também não apresenta nenhuma justificativa evolutiva – isto é, não aponta mudança social que tivesse tornado o precedente incoerente com a sociedade atual, nem mudança no sistema jurídico, que tenha tornado o precedente inconsistente com o sistema jurídico atual – para a superação do precedente. Na realidade, o voto revela que houve singela discordância da opinião pessoal do ministro com a tese jurídica fixada precedentemente:

³⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 7-12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

4. O entendimento de que a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD seria inconstitucional decola digo-o com as vênias de estilo da suposição de que esse § 1º do artigo 145 admite exclusivamente para os impostos de caráter pessoal [menciono caráter porque os impostos não pertencem ao reino da natureza].

5. Sucede que todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

[...]

8. Permitam-me insistir neste ponto: o § 1º do artigo 145 da Constituição determina como devem ser os impostos, todos eles. Não somente como devem ser alguns deles. Não apenas como devem ser os impostos dotados de caráter pessoal. Isso é nítido. Nítido como a luz solar passando através de um cristal, bem polido.

[...]

11. Essa não tão breve exposição, de há mais de trinta anos, presta-se a deixar claro que todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCMD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos repito estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante.

Daí porque dou provimento ao recurso, para declarar constitucional o disposto no artigo 18 da Lei n. 8.821/89 do Estado do Rio Grande do Sul. Não porém sem insistir também com todas as vênias admissíveis em que a esta Corte não cabe controlar senão a constitucionalidade de textos normativos; não podemos, sem franca agressão à Constituição ela mesma, ousar exercer o controle da sua proporcionalidade e/ou de razoabilidade.³⁶⁶

Os trechos transcritos acima deixam muito claro que o julgador simplesmente discordou da tese jurídica fixada pelo STF nos precedentes. Para o julgador, individualmente considerado, a progressividade é uma técnica aplicável a todos os impostos diretos, sejam eles reais ou pessoais. Dessa forma, não haveria inconstitucionalidade na fixação de alíquotas progressivas para o ITCMD.

No voto subsequente, proferido pelo Ministro Menezes Direito, também não há apresentação de distinção nem a apresentação de justificativas para a superação. Apenas a afirmação de que a progressividade é aplicável a qualquer tipo de imposto, independentemente de sua natureza real ou pessoal.³⁶⁷

A Ministra Cármen Lúcia, até expressa preocupação com a estabilidade jurisprudencial no começo de seu voto. Neste, a Ministra asseverou que, caso o tribunal viesse a considerar constitucional a instituição de alíquotas progressivas para o ITCMD, este estaria modificando sua jurisprudência que, até aquele momento, considerava a progressividade incompatível com o os impostos reais:

³⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 29-36. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 40-42. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

4. Registro, inicialmente, preocupação de que se essa vier a conclusão, estaria alterada a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que, na sua maioria, vinha decidindo em sentido diverso. A minha preocupação é porque escutei várias vezes, aqui, entre outros, o Ministro Sepúlveda Pertence dizer que quando a jurisprudência muda, especialmente em matéria tributária, o Supremo Tribunal precisa expressar isso, até para a garantia da segurança jurisprudencial. Digo isso também porque há muitos casos de Estados e Municípios adotando o mesmo comportamento e alguns até já vieram aqui e há muito pouco tempo. Então, é preciso que se saiba exatamente quais são os efeitos dessa nossa decisão em matéria na qual foi reconhecida a repercussão geral.³⁶⁸

Parece-nos que o reconhecimento, feito pela Ministra Cármen Lúcia, de que eventual decisão do STF pela constitucionalidade da aplicação da progressividade ao ITCMD resultaria na alteração da jurisprudência do STF, implica no reconhecimento de que não haveria *distinção* entre esse imposto e o IPTU e o ITBI. Com efeito, apesar de explicitar sua preocupação quanto à estabilidade jurisprudencial, o voto optou por contrariar os precedentes da corte a respeito do tema e, sem maiores justificativas a esse respeito, considerou constitucional a instituição de alíquotas progressivas para o ITCMD. Revela-se, assim, mais uma vez, a mera discordância do julgador como causa para a alteração do precedente.

O Ministro Joaquim Barbosa, em três parágrafos curtos, segue a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau, sem fazer nenhum tipo de consideração em relação aos precedentes da corte a respeito da matéria.³⁶⁹

O voto do Ministro Ayres Britto parte de uma interpretação, a nosso ver, equivocada dos acórdãos proferidos pelo STF nos casos que analisaram a aplicabilidade da técnica da progressividade ao IPTU após a Emenda Constitucional nº 29/2000. O voto considera que após a emenda constitucional em questão, a jurisprudência da corte teria sido alterada para admitir a progressividade fiscal em impostos reais. Em nosso entendimento, apresentado linhas acima, a análise dos acórdãos proferidos pelo STF a respeito do tema, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 29, revela que esta foi interpretada pelo STF como a confirmação de sua jurisprudência. Tanto estava certa a sua interpretação de que a progressividade fiscal seria incompatível com os tributos de natureza real que foi necessária a expedição de uma norma constitucional expressa criando uma exceção a esta regra relativamente ao IPTU. Entendemos que, caso o STF tivesse realmente mudado sua jurisprudência a respeito do assunto, a progressividade deveria ser admitida antes ou depois da Emenda Constitucional 29/2000. Mas

³⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 43-44. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 46. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

como o tribunal assentou na Súmula 668, “é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.³⁷⁰

Com efeito, partindo da equivocada premissa de que a jurisprudência do STF teria sido alterada anteriormente para admitir alíquotas progressivas em impostos reais, o Ministro Ayres Brito votou pela constitucionalidade do ITCMD progressivo.

O voto da Ministra Ellen Gracie também seguiu a divergência aberta pelo Ministro Eros Grau, para considerar constitucional a progressividade do ITCMD. Entretanto, atenta aos precedentes da corte que vedavam a aplicação da técnica progressiva aos impostos reais, a ministra fez uma detalhada *distinção* entre o ITCMD, de um lado, e o IPTU e o ITBI de outro.

A ministra Ellen Gracie iniciou essa distinção, afirmando que a classificação dos tributos em reais e pessoal não pode ser tomada pelo aplicador do direito de maneira absoluta. Conforme explica a ministra, os tributos tipicamente reais podem ser “pessoalizados”. Da mesma forma, os tributos tipicamente pessoais podem ser “realizados”. A ministra utilizou como exemplo a tributação na fonte de rendimentos financeiros pelo imposto de renda. Esse imposto é um tributo tipicamente pessoal, que, em regra, leva em conta as características pessoais do contribuinte, sendo-lhe permitido deduzir despesas com dependentes, saúde, previdência etc. Apesar disso, para algumas situações, o imposto de renda ignora essas características pessoais e tributa signos meramente presuntivos de renda, como é o caso do imposto de renda retido na fonte de aplicações financeiras.

Partindo dessa mitigação da classificação dos tributos entre reais e pessoais, o voto faz as seguintes ponderações a respeito do ITCMD, diferenciando-o do ITBI:

6. O ITCMD permite mais do que uma simples presunção indireta da capacidade contributiva do contribuinte.

Isso porque não se trata de um tributo que incida sobre a propriedade de um bem, por exemplo, de característica estática e dissociada da situação do contribuinte ou que tome qualquer outra realidade econômica de modo isolado.

O imposto sobre a transmissão causa “mortis” é devido pelo “beneficiário ou recebedor do bem ou direito transmitido” por ocasião do direto e necessário acréscimo patrimonial que a transmissão implica. Aliás, trata-se de um acréscimo patrimonial a título gratuito, que revela, por si mesmo, evidente e clara capacidade contributiva. É que o imposto simplesmente implicará a redução do acréscimo patrimonial líquido. De modo algum, terá o contribuinte que dispor senão de parte do acréscimo percebido.

7. Diferencia-se o ITCMD, assim, do próprio ITBI, que é objeto da Súmula 656 (“*É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel*”), porquanto o ITBI diz respeito à transmissão onerosa, em que há a aquisição da propriedade numa operação sinalagmática na qual o adquirente assume o ônus da contrapartida.

³⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 668*. 24 de setembro de 2003. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula668/false>. Acesso em: 13 jan. 2022.

No ITBI, a simples operação de transferência não permite que se saiba qual a real disponibilidade do adquirente para pagamento do imposto. Pode o adquirente ter efetuado o pagamento do preço à vista ou à prazo, com recursos próprios ou mediante financiamento, pode ter adquirido o imóvel para moradia ou para investimento, dentre outras circunstâncias, todas alheias ao fato gerador. Aliás, é comum que, na aquisição de imóveis, o adquirente faça grandes esforços para realizar a operação, de modo que a efetiva capacidade contributiva é meramente presumida, mas não necessariamente real, podendo a operação, inclusive, estar associada à assunção de vultosas dívidas. Já na aquisição a título gratuito, há sempre efetivo acréscimo patrimonial, mediante transferência sem contrapartida.

O ITCMD, portanto, distingue-se do ITBI. Não se trata sequer de um típico imposto real, porquanto o próprio fato gerador revela inequívoca capacidade contributiva dele decorrente. Nessa medida e considerando a subjetivação que admite, pode-se mesmo considerar que, na classificação entre impostos reais e pessoais, o ITCMD penderia mais para esta categoria.

[...]

De qualquer modo, por não considerar o imposto sobre transmissão “*causa mortis*” como um típico imposto de caráter real, mas, diferentemente, considerá-lo um imposto que revela efetiva capacidade contributiva de quem percebe a transferência patrimonial, considerando que se dá em caráter gratuito, tenho que não ofendia a Constituição o estabelecimento de alíquotas progressivas para a espécie.³⁷¹ (grifos nossos).

Vê-se, assim, que diferentemente dos demais votos que acompanharam a divergência aberta pelo Ministro Eros Grau, o voto da Ministra Ellen Gracie preocupou-se em demonstrar que existiria uma justificativa para não se seguir os precedentes do STF que julgavam inconstitucional a progressividade fiscal em impostos reais. Essa justificativa seria a *distinção* entre o tema em julgamento e os precedentes. Dessa forma, foi justamente por considerar que o ITCMD não seria um imposto tipicamente real que a ministra considerou que a cobrança de alíquotas progressivas de ITCMD não ofenderia a Constituição Federal de 1988.

Não cabe aqui analisar se, no mérito, o voto da Ministra Ellen Gracie é ou não o juridicamente mais adequado. Mas do ponto de vista da teoria dos precedentes, é o único analisado até o momento, que não ofendeu o princípio constitucional da segurança jurídica por alterar a jurisprudência do tribunal sem uma causa justa para tanto.

Como adiantado, o Ministro Marco Aurélio foi o único a acompanhar a conclusão do relator quanto à inconstitucionalidade da aplicação de alíquotas progressivas relativamente ao ITCMD. Contudo, os fundamentos adotados pelo ministro foram outros. Como consignado no voto, para o Ministro, não haveria qualquer impedimento constitucional para o estabelecimento

³⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 67-71. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

de alíquotas progressivas para tributos reais. Apesar disso, em seu entendimento, a cobrança de ITCMD progressivo seria ofensivo ao princípio da capacidade contributiva.³⁷²

Por fim, os ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes, em votos curtos, acompanharam a divergência inaugurada pelo ministro Eros Grau e consideraram constitucional a previsão de alíquotas progressivas para o ITCMD. Em nenhum desses dois votos se apresentou eventual distinção entre o ITCMD e os impostos reais anteriormente analisados pelo STF, com bases nos quais a jurisprudência pretérita do tribunal considerara constitucionalmente incompatíveis a progressividade e os tributos reais, nem uma justificativa evolutiva para a mudança da jurisprudência da corte.³⁷³

Após a análise da totalidade dos votos proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, parece-nos possível afirmar que ele representa uma mudança jurisprudencial que distancia o direito tributário brasileiro dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade almejados pelo princípio constitucional da segurança jurídica. Com exceção do voto vencido do relator, que *aplicou* a tese jurídica fixada nos precedentes do STF e do voto da Ministra Ellen Gracie, que se preocupou em demonstrar a existência de uma *distinção* entre o ITCMD, imposto objeto do julgamento, e o IPTU e o ITBI, impostos objetos dos precedentes, para deixar de aplicar a orientação neles firmada, todos os demais, optaram por simplesmente divergir da orientação jurisprudencial fixada *pelo tribunal* em seus pronunciamentos precedentes.

Vale dizer, assim, que a jurisprudência a respeito da aplicabilidade da técnica da progressividade aos tributos reais acabou sendo alterada pela simples discordância dos julgadores com o que fora decidido pelas formações pretéritas do mesmo tribunal. Não houve a preocupação em se demonstrar a existência de um erro grosseiro nos precedentes, que pudesse fazê-los ser considerados *per in curiam*. Não houve a preocupação da maioria em fazer o *distinguishing* e não houve a preocupação em evidenciar que se fazia presente uma justa causa para o *overruling*, consistente na demonstração de que os precedentes se mostrariam, à época do novo julgamento, incoerência social ou inconsistência sistêmica. Isso mostra que a doutrina do *stare decisis* e a teoria dos precedentes não foram aplicadas no caso concreto em questão.

³⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 76-77. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. p. 78-80. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 22 jan. 2022.

O nível de insegurança jurídica gerado por julgamentos como o do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS é alto. Em primeiro lugar, ele gera a sensação de que nunca haverá uma solução com ares de definitividade para o tema. Afinal, se a fazenda pública e os contribuintes continuarem discutindo esse tema perante o poder judiciário, em alguns anos o entendimento então fixado poderá ser alterado. Basta que a composição do STF mude o suficiente. Além disso, abrem-se novamente as portas para se reavivar temas que já pareciam consolidados, tais como se é possível haver alíquotas progressivas em relação ao IPTU e ao ITBI e se as Súmulas 656 e 668 do STF continuam válidas ou não.

Também no ano de 2008, mesmo ano em que houve o reconhecimento da repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, que analisou a compatibilidade entre a progressividade e o ITCMD, mais especificamente em 26/06/2008, o Tribunal Pleno do STF reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 586.963. Referido recurso fora interposto pelo Município de São Paulo contra acórdão do tribunal de justiça daquele estado, que havia julgado inconstitucional lei municipal *posterior* à Emenda Constitucional nº 29/2000, que instituiria alíquotas progressivas de IPTU em função do valor, da localização e do uso do imóvel. Ou seja, o acórdão recorrido considerara inconstitucional qualquer tipo de progressividade fiscal em relação ao IPTU, tenha ela sido instituída antes ou depois da Emenda Constitucional nº 29/2000, por violação aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e ao da justiça. Vale dizer, assim, que o acórdão recorrido considerara a própria Emenda Constitucional nº 29/2000 inconstitucional, por suposta violação a cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.³⁷⁴

Em 25/05/2011, o mérito do recurso foi julgado. Por unanimidade, o Tribunal Pleno deu provimento ao recurso municipal para reformar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e, assim, declarar que a Emenda Constitucional nº 29/2000 não ofendera nenhuma cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988.

Não nos cabe, nesta tese, analisar o mérito da decisão em questão. Contudo, no ponto que cabe ser analisado aqui – isto é, a coerência e a integridade da decisão do ponto de vista da teoria dos precedentes e do princípio constitucional da segurança jurídica – a fundamentação do voto do relator, acatada de forma unânime pelo tribunal, é, no mínimo preocupante, eis que nele consta a afirmação de que o STF jamais teria afirmado que existiria incompatibilidade entre a técnica da progressividade e os impostos reais:

³⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 586.693/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 26 de junho de 2008. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547409>. Acesso em 23 jan. 2022.

[...]

Ora, a Emenda Constitucional nº 29/2000 não afastou direito ou garantia individual. E não o fez porquanto texto primitivo da Carta já versava a progressividade dos impostos, a consideração da capacidade econômica do contribuinte, não cuidando, portanto, de inovação a afastar algo que pudesse ser tido como integrado ao patrimônio. [...] *Nem se diga que esta Corte, apreciando texto da Carta anterior à Emenda nº 29/2000 assentou a impossibilidade de se ter, no tocante ao instituto da progressão do IPTU, a consideração do valor venal do imóvel, apenas indicando a possibilidade de haver progressão no tempo de que cogita o inciso II do § 4º do artigo 182 da Constituição Federal.* Atuou o Colegiado, em primeiro lugar, interpretando o todo constitucional e, em segundo, diante da *ausência de explicitação* quanto a se levar em conta, para social distribuição da carga tributária, outros elementos, como são o valor do imóvel, a localização e o uso.

[...]

Mais do que isso, *não se pode levar às últimas consequências a alusão, no artigo 145, § 1º, do Diploma Maior, à circunstância de os impostos terem caráter pessoal, distinguindo-se, onde o texto não distingue, impostos de natureza pessoal daqueles com natureza real.* Há de partir-se não só para a interpretação teleológica como também para a sistemática, conjugando-se o § 1º do artigo 145 da Constituição Federal com o texto primitivo do § 1º do artigo 156, acima transcrito.

[...]

Em síntese, a progressividade foi inicialmente prevista e o Supremo só não a consagrou porquanto, entendendo não aplicável de imediato o § 1º do artigo 156 em exame, assentou a *necessidade de explicitação linear*.

Para preencher o vácuo na disciplina da matéria, deu-se a edição da Emenda Constitucional nº 29/2000. De forma satisfatória, estabeleceram-se as balizas da progressividade sem que se possa cogitar, na espécie, de desarmonia do novo tero do preceito com o disposto no artigo 145, § 1º do Diploma Maior [...] não existindo distinção entre este ou aquele tributo, não bastasse – repito – a conjugação da regra geral com a especial referente ao IPTU. Com a Emenda Constitucional nº 29, passou a haver, então, as linhas-mestras da progressividade.

[...]

*Não procede, assim, a óptica, contida no acórdão impugnado mediante este extraordinário, de que a progressividade, no caso concreto, por tratar-se de tributo real, não teria adequação.*³⁷⁵ (grifos nossos)

Com as devidas vênias ao voto do ministro relator do Recurso Extraordinário nº 586.693/SP, não nos parece válida a afirmação nele contida de que o STF jamais teria firmado jurisprudência no sentido de que, anteriormente à Emenda Constitucional nº 29/2000, o texto constitucional só admitiria a progressividade extrafiscal para os impostos reais, ou ainda, que “a progressividade foi inicialmente prevista e o Supremo só não a consagrou porquanto, entendendo não aplicável de imediato o § 1º do artigo 156 em exame assentou a necessidade de explicitação linear”.³⁷⁶ Como já apresentado neste item, parece-nos claro que a razão de decidir utilizada pelo Supremo tanto para julgar os casos de IPTU, ao longo da década de 1990, como os de ITBI, entre o final daquela década e o início dos anos 2000, foi justa e exatamente a

³⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 586.693/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 26 de junho de 2008. p. 132-136. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547409>. Acesso em: 23 jan. 2022.

³⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 586.693/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 26 de junho de 2008. p. 133-135. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547409>. Acesso em: 23 jan. 2022.

inaplicabilidade da progressividade fiscal aos impostos reais. Para afastar eventuais dúvidas a esse respeito, pede-se vênia para transcrever mais alguns trechos daquele julgamento:

EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, *não é admitida a progressividade fiscal do IPTU*, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, *porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte*, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, *é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º*, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte.³⁷⁷

[...]

O Sr. Ministro Nelson Jobim – Sr. Presidente, vou divergir do fundamento de V. Exa.

[...].

Creio, então, ser o caso de acompanhar V. Exa., mas pela razão de estarmos diante de um imposto de natureza real, portanto, insuscetível da verificação da condição pessoal.

[...]

O Sr. Ministro Maurício Corrêa – Sr. Presidente, peço vênia para adotar os fundamentos do voto do Ministro Moreira Alves proferido no julgamento do RE nº 153.771, de Minas Gerais, [...] quando fez a distinção entre o imposto real e o de natureza pessoal.

[...]

O Sr. Ministro Ilmar Galvão – Sr. Presidente, também peço vênia a V. Exa. Para votar de acordo com os fundamentos do precedente do Ministro Moreira Alves. Neste caso, assim como na hipótese do IPTU, estamos diante de imposto a que se pode emprestar caráter pessoal para o fim de graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte [...].

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, creio aplicável ao caso, com mais razão, as considerações feitas por mim ao aderir ao voto do Sr. Ministro Moreira Alves no RE 153.771, relativo ao IPTU, ao entender que o art. 145, § 1º, impõe uma distinção entre impostos pessoais e não pessoais, e só quanto aos primeiros permite a graduação conforme a capacidade contributiva, que é a característica dos impostos progressivos.

[...]

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Sr. Presidente, também peço vênia para seguir a conclusão de V. Exa., mas baseado no fundamento segundo o qual os impostos reais são infensos à aplicação do critério da progressividade.

[...]

O Senhor Ministro Sydney Sanches: - Sr. Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, declarando a inconstitucionalidade que V. Exa. Também declara, mas pelos fundamentos deduzidos no RE nº 153.771, adotados por mim a partir do voto do Ministro Moreira Alves.

[...]

³⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 153.771/MG*. Relator Min. Carlos Veloso. Redator do acórdão Min. Moreira Alves, 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 12 jan. 2022.

O Senhor Ministro Moreira Alves – Sr. Presidente, também concordo com a conclusão de V. Exa., porém o fundamento é o de que, no caso, se trata de imposto de natureza real, à semelhança do que sustentei no RE nº 153.771.³⁷⁸

Parece-nos, assim, que a argumentação utilizada pelo voto do relator do Recurso Extraordinário nº 586.693/SP para tentar afastar a tese jurídica vencedora dos debates ocorridos entre os anos 1990 e 2000 – demonstrados ao longo deste capítulo – é, na realidade, uma tentativa do relator – acatada pelo restante do colegiado – de furtar-se ao dever de justificar, do ponto de vista da segurança jurídica, a necessidade uma mudança jurisprudencial e fazer prevalecer a opinião pessoal do relator – e da nova composição do tribunal – sobre a jurisprudência firmada por este mesmo tribunal em julgamento de caso precedente.

Em 2015, o Pleno do STF voltou a analisar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 29/2000, dessa vez, em sede de controle concentrado, por meio da ADI nº 2732. O resultado a que o colegiado chegou o foi o mesmo a que chegara via controle difuso, por meio do RE 586.693/SP, apresentado acima:

[...]

Já em relação ao confronto entre a incidência da regra da progressividade do IPTU, considerado de natureza real, e o princípio da capacidade contributiva, é bem verdade que a jurisprudência da Corte, antes da edição da Emenda Constitucional nº 29/03, era firme no sentido da impossibilidade da utilização da técnica de progressividade do IPTU, com exceção da hipótese de sanção por descumprimento da função social da propriedade urbana, como se observa nos precedentes abaixo colacionados:

[...]

Tanto era assente a jurisprudência que o STF editou a Súmula nº 668, cujo teor é o seguinte: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

O tema, contudo, como já dito, foi levado à rediscussão no Plenário desta Corte, sob a óptica da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 29/03, ocasião em que foi reconhecida como constitucional, inclusive, por não se vislumbrar a presença de incompatibilidade entre a técnica da progressividade e o caráter real do IPTU. Prevaleceu, portanto, o entendimento de que não há incompatibilidade entre os institutos, uma vez que a progressividade constitui forma de consagração dos princípios da justiça fiscal e da isonomia tributária.

[...]

Por essa razão, e reafirmando o que decidido no RE nº 423.768/SP, não se verifica vício que contamine a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 29/03, a qual teve por escopo aprimorar e dar feição mais equânime à tributação do imóvel urbano. Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

Vale destacar, todavia, que, ao analisar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 29/2000, o acórdão da ADI nº 2732 faz referência aos casos em que o tribunal havia analisado a questão em sede de controle difuso – dentre os quais, o Recurso Extraordinário nº 586.693/SP

³⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 234.105/SP*. Relator Min. Carlos Veloso. 08 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>. Acesso em: 13 jan. 2022.

– afirmando que, por meio deles, a orientação do Pleno quanto à incompatibilidade entre a técnica da progressividade e os tributos reais fora alterada.

É de se notar, assim, que ao se ignorar a teoria dos precedentes e a regra do *stare decisis*, cria-se um verdadeiro tumulto jurisprudencial, que afasta o direito brasileiro do estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, almejado pelo princípio constitucional da segurança jurídica.

6.2.1.3 Análise da mudança jurisprudencial

Relembramos, inicialmente, que a segurança jurídica em matéria tributária depende da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade da jurisprudência.

O estado ideal de cognoscibilidade exige que as normas jurídicas sejam material e intelectualmente compreensíveis e efetivas, bem como que o ordenamento jurídico seja coerente e consistente. O estado ideal de cognoscibilidade exige, assim, compreensibilidade, efetividade, coerência e consistência. O direito será compreensível se o cidadão puder saber qual seu conteúdo. Será efetivo se esse conteúdo for aplicado pelos órgãos competentes, será coerente se os casos semelhantes receberem soluções semelhantes e será consistente se for livre de contradições. Para que a jurisprudência seja considerada cognoscível, ela deve ser dotada desses requisitos.

A jurisprudência deve ser material e intelectualmente compreensível. Isso significa que, após fechar-se as demais hipóteses interpretativas que o texto legal dava, a jurisprudência consolida um conteúdo para a norma, dando ao cidadão conhecimento material e intelectual de seu conteúdo. Caso se admita que as hipóteses interpretativas possam ser reabertas em situações ordinárias, estar-se-á andando contra o estado ideal de cognoscibilidade almejado pela Constituição Federal, já que se dificultará o conhecimento material e intelectual do conteúdo do direito.

Da mesma forma, caso a solução dada pelo caso precedente não seja aplicada aos subsequentes, em razão da possibilidade de mudanças constantes dessa solução, estar-se-á afastando do requisito da efetividade. Afinal, não se saberá, com grau razoável de certeza, se a solução será ou não aplicada futuramente. Igualmente, a não vinculação do Poder Judiciário ao fechamento interpretativo realizado é um ato contrário aos requisitos de coerência e consistência. Perde-se coerência caso se admita que as consequências aplicadas a um processo possam ser diferentes das consequências aplicadas a outro com as mesmas características. Também se perde consistência caso porventura se admita que casos semelhantes recebam

tratamentos distintos, na medida em que se contribui para a existência de contradições entre essas soluções. Vê-se, assim, que a vinculação do Poder Judiciário aos próprios precedentes é um requisito necessário a cognoscibilidade da jurisprudência.

O estado ideal de confiabilidade requer a estabilidade e a eficácia normativa. Assim, a jurisprudência será confiável se ela for estável e eficaz.

A estabilidade normativa está relacionada à ideia de permanência do ordenamento, isto é, com a sua não modificação de maneira constante. Dessa forma, para atingir o estado ideal de confiabilidade, almejado pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência precisa ser estável, não se alterando de forma constante. Vê-se, assim, que o princípio da segurança jurídica exige, para que se atinja o estado ideal de confiabilidade, que os órgãos do Poder Judiciário se vinculem ao que já foi decidido, salvo se houver uma causa extraordinária que justifique a desvinculação.

Por sua vez, o estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica exige que o direito seja dotado de anterioridade, continuidade e vinculatividade. Como exposto no item 5.3.2.2, a vinculatividade aplica-se como regra, exigindo que o Poder Judiciário atue com coerência, não mudando de opinião, salvo se houver uma razão que justifique a mudança. Já a anterioridade e a continuidade aplicam-se como princípios orientadores da exceção, isto é, quando há uma razão que justifique a desvinculação dos Poder Judiciário das decisões tomadas anteriormente. Quando há, portanto, uma causa que justifique a não aplicação da regra da vinculação, a anterioridade exige que o Poder Judiciário sinalize, com antecedência razoável, que sua jurisprudência será alterada, bem como que crie mecanismos que tornem suave a transição da norma antiga para a nova.

No caso analisado no presente item – da progressividade em tributos reais – quando o Pleno do STF julgou o Recurso Extraordinário nº 153.771/MG, em 20/11/1996, analisou de forma detida as teorias doutrinárias a respeito do tema, as interpretações e a argumentação trazida aos autos pelos advogados do contribuinte e da fazenda pública e, após debater a questão profundamente, pela maioria de seus membros, chegou à conclusão de que haveria determinação constitucional de que os tributos reais não poderiam ser progressivos, salvo se para atender a finalidades extrafiscais. Esse entendimento foi confirmado pelo próprio STF, quando julgou o Recurso Extraordinário nº 234.105/SP, considerando inconstitucional a instituição de alíquotas progressivas de ITBI.

Esses pronunciamentos do Pleno do STF analisaram as hipóteses interpretativas possíveis e, mediante processo dialético e argumentativo, deram concretude ao conteúdo da norma constitucional a respeito da progressividade tributária, fechando-se às demais

interpretações possíveis. Ao fazer isso, essa jurisprudência gerou, ainda que potencialmente, expectativas normativas nos contribuintes e nas fazendas públicas, que, cientes do conteúdo da norma jurídica interpretada em caráter definitivo, puderam planejar o orçamento público e sua vida financeira em geral, contando com a impossibilidade de que tributos reais tivessem alíquotas progressivas. Essa certeza quanto ao conteúdo normativo do texto constitucional tornou o direito mais cognoscível, confiável e calculável, nos termos apresentados acima.

Todavia, ao desvincular-se desses precedentes e abrir-se novamente às hipóteses interpretativas fechadas quando do julgamento dos casos precedentes, o STF caminha no sentido contrário ao estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

A reabertura do STF às hipóteses interpretativas fechadas nos casos precedentes é contrária ao estado ideal de cognoscibilidade porque torna o direito material e intelectualmente menos cognoscível ao cidadão, gerando novamente dúvidas que já haviam sido extirpadas do direito brasileiro.

Além disso, a desvinculação do STF do que fora decidido de forma precedente, sem uma justificativa válida para tanto, torna o direito menos íntegro e menos coerente. A esse respeito, relembramos as já citadas lições de Lenio Streck, explicando que: *(i)* “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicadas nas decisões o forem para casos idênticos” e que “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário”; bem como *(ii)*, que o dever de integridade “exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada com o conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”, sendo certo que “o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também não pode quebrar a cadeia discursiva ‘porque quer’ (ou porque sim)”.³⁷⁹

Com efeito, ao se desvincular dos precedentes e aplicar ao caso de ITCMD uma solução jurídica diferente da que fora aplicada aos casos de IPTU e de ITBI, sem apresentar nenhuma distinção entre a característica real desses três impostos, o STF violou o dever de consistência, aplicando soluções diferentes a casos iguais. Se no caso do IPTU e do ITBI, o STF considerou que a progressividade fiscal seria inaplicável em razão da natureza real desses impostos, presente a mesma natureza real no ITCMD, em uma ordem jurídica consistente, a mesma solução jurídica deveria ser aplicada. De maneira semelhante, ao afirmar, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.693/SP e da ADI nº 2732, que o STF nunca havia dito que a

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157-158; 160.

progressividade fiscal seria incompatível com os tributos de natureza real, o STF violou o dever de integridade, quebrando a cadeia discursiva, tirando “da manga do colete” um argumento incoerente com aquilo que antes se decidiu.³⁸⁰

A desvinculação injustificada do STF de seus precedentes no caso da progressividade fiscal de tributos reais também acabou por caminhar no sentido contrário ao estado ideal de confiabilidade, que requer a estabilidade e a eficácia da jurisprudência. Ao se desvincular injustificadamente de seus precedentes, o Pleno do STF contribui, a um só tempo, para a instabilidade e para a ineficácia normativa. Não se pode confiar na jurisprudência do STF porque não se tem a segurança de que ela será mantida ou aplicada aos casos futuros.

Da mesma forma, a desvinculação afasta a jurisprudência do STF do estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio constitucional da segurança jurídica, na medida em que se torna impossível ao cidadão prever, com um grau razoável de certeza, o espectro reduzido de consequências que poderão ser aplicados aos atos por ele praticados, já que se torna impossível saber se as alíquotas dos tributos reais poderão ser progressivas ou não. Ao se ignorar o dever de vinculação, nada impede que a questão jurídica volte a ser analisada no futuro e venha a receber uma solução absolutamente diversa da adotada anteriormente. Tem-se, assim, um grande estímulo à litigiosidade. Se a jurisprudência da mais alta corte pode ser alterada a qualquer momento sem uma justificativa justa, não há razão para não se contestar a cobrança.

Diante de tudo o que se expôs, parece-nos possível afirmar que o caso da progressividade dos tributos de natureza real elucidada bem como a não aplicação da teoria dos precedentes e a doutrina do *stare decisis* cria uma situação de caos normativo, absolutamente contrário ao princípio da segurança jurídica. Parece-nos, assim, possível afirmar que a mudança de jurisprudência veiculada pelos Recursos Extraordinários nºs 562.045/RS e 586.693/SP e pela ADI nº 2732 desprestigiou o princípio constitucional da segurança jurídica, eis que pautada na mera discordância dos novos membros do tribunal em relação ao decidido pelo próprio tribunal nos casos precedentes.

6.2.2. Tributação de programas de computador (ICMS x ISS)

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157-158; 160.

A tributação de programas de computador é um tema que sempre gerou grandes debates. De um lado, há aqueles que defendem que esses programas são mercadorias, devendo sujeitar-se ao ICMS, de competência dos estados. De outro, defende-se que eles são o resultado da prestação de um serviço intelectual, devendo sujeitar-se ao ISS, de competência dos municípios. Há uma terceira corrente, que defende que os negócios envolvendo programas de computador se dão mediante cessão de direito de uso, não configurando mercadoria nem serviço. Dessa forma, para essa corrente, os negócios envolvendo programas de computador não se subsumem a nenhuma hipótese de incidência tributária prevista no ordenamento jurídico brasileiro. E há, ainda, correntes intermediárias, que defendem que a incidência tributária dos negócios envolvendo programas de computador podem variar conforme as características específicas de cada negócio concreto individualmente considerado.

Essas discussões a respeito da natureza jurídica dos negócios envolvendo programas de computador foram levadas à apreciação do Poder Judiciário e chegaram ao STF, ante o caráter constitucional da matéria. Como será exposto a seguir, inicialmente, a jurisprudência do STF se fixou no sentido de que nas operações com programas de computador personalizados incidiria o ISS, ao passo que sobre as operações com programas de computador padronizados incidiria o ICMS. Contudo, o tribunal acabou por modificar sua jurisprudência a respeito do tema, passando a considerar que tanto em uma hipótese como em outra, deveria incidir o ISS.

Entretanto, diferentemente do que aconteceu no caso analisado anteriormente, da progressividade dos impostos reais, no caso da tributação das operações com programas de computador, a evolução jurisprudencial do tema no âmbito do STF revela-se como um interessante exemplo de como a jurisprudência pode mudar sem ofender o princípio constitucional da segurança jurídica.

6.2.2.1 A formação da jurisprudência

A primeira vez em que o STF se debruçou sobre a matéria relativa à tributação dos programas de computador foi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626/SP, realizado pela 1ª Turma em 10/11/1998. No recurso em questão, estava em pauta a constitucionalidade de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que declarara a

não incidência do ICMS sobre operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador.³⁸¹

Conforme o voto do relator, acolhido pela unanimidade do colegiado, o fator determinante para a manutenção do acórdão recorrido, que afastara a incidência do ICMS sobre a comercialização de programas de computador, foi a consideração de que “o conceito de mercadoria efetivamente não inclui os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo”.³⁸² Apesar disso, o relator fez consignar no acórdão que a situação seria diferente caso o que estivesse em pauta fossem “*softwares standard*”. Isso porque, nessa segunda situação:

O comerciante que adquire exemplares para revenda, mantendo-os em estoque ou expondo-os em sua loja, não assume a condição de licenciado ou cessionário dos direitos de uso que, em consequência, não pode transferir ao comprador: sua posição, aí, é a mesma do vendedor de livros ou de discos, que não negocia com os direitos do autor, mas com o *corpus mechanicum* de obra intelectual que nele se materializa. Tampouco, a fortiori, a assume o consumidor final, se adquire um exemplar do programa para dar de presente a outra pessoa. E é sobre essa operação que cabe plausivelmente cogitar da incidência do imposto questionado.³⁸³

Vê-se, assim, que *ratio decidendi* da decisão tomada pela 1ª Turma no julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626/SP foi a impossibilidade de bens incorpóreos serem configurados como mercadorias. Em razão disso, programas de computador padronizados, mercantilizados por meio de mídias físicas – como CDs, disquetes etc. – poderiam sofrer a incidência do ICMS, mas programas de computador que não fossem dotados dessa característica *física* estariam fora do campo de incidência do imposto.

Poucos meses depois do julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626/SP, a 1ª Turma voltou a analisar o tema da tributação dos programas de computador quando julgou o Recurso Extraordinário nº 199.464/SP. Aplicando a distinção feita no julgamento precedente, o colegiado sedimentou a classificação dos programas de computador em *standard* – ou, “de

³⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 176.626/SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. 10 de novembro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 29 jan. 2022.

³⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 176.626/SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. 10 de novembro de 1998. p. 316. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 29 jan. 2022.

³⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 176.626/SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. 10 de novembro de 1998. P. 322-323. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 29 jan. 2022.

prateleira” – e personalizados, bem como a incidência do ICMS nos primeiros e do ISS nos últimos.³⁸⁴

Vê-se, dessa forma, que, nos julgamentos realizados pela 1ª Turma no final dos anos 1990, assumiu-se como um fato social verdadeiro o de que os programas de computador padronizados seriam vendidos por meio de mídias físicas, como CDs e disquetes, se enquadrariam no conceito constitucional de mercadoria. Ressalte-se de a característica física desses produtos foi fator determinante para a tomada dessa decisão pelo colegiado.

6.2.2.2 A mudança da jurisprudência

Apesar da fixação da tese de que o conceito constitucional de mercadoria não admitiria a incidência de ICMS sobre bens incorpóreos, em abril de 1999, apenas um mês depois do julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626/SP, pela 1ª Turma, a questão da tributação dos programas de computador chegou ao Tribunal Pleno por meio da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945. Por meio dessa ADI, questionava-se a constitucionalidade de lei mato-grossense que previa a incidência de ICMS sobre *softwares* de prateleira, *ainda que estes fossem comercializados por meio da transferência eletrônica de dados, ou seja, sem um suporte físico*.³⁸⁵ É de se notar, portanto, que, a despeito de não ser o comum naquele momento histórico, o Estado do Mato Grosso já previa em sua legislação a hipótese de programas de computador padronizados serem comercializados não por meio de um suporte físico, mas por meio de transferência eletrônica de dados.

Em seu voto, o relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945 se pautou nos já mencionados julgamentos precedentes proferidos pela 1ª Turma e votou por conceder a cautelar requerida para “restringir a incidência do ICMS às cópias ou exemplares dos programas produzidos em série e comercializados no varejo, sem abranger o licenciamento ou cessão de uso”.³⁸⁶

³⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 199.464/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 02 de março de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236681>. Acesso em: 29 jan. 2022.

³⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

³⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 33 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

Na mesma sessão – ou seja, ainda em abril de 1999 – o Ministro Nelson Jobim pronunciou-se, colocando em dúvida a validade da conclusão de que programas de computador padronizados *são* vendidos em mídias físicas e, em razão disso, devem ser considerados mercadorias. Vale transcrever os principais trechos das notas taquigráficas da sessão:

[...] Como é que se transfere, através de um mecanismo eletrônico, se não se tinha acesso à internet? O programa era conduzido ao consumidor pelas vias de um disquete – não estou falando em CD ROM, e, sim, em programas de incorporação. Muito bem. Quando se difunde a Internet, o que se cria? Cria-se a possibilidade de você, em vez de receber, comprar o disquete com o programa e, se tratar do disquete, colocar no disco rígido, você adquire o mesmo programa, acessando o “site” da empresa distribuidora e escolhe o programa que você quer; paga por mês com cartão de crédito ou pelo sistema de “cleanbox”, em que você tem uma caixa eletrônica no sistema da Internet, com o depósito de valores em moeda nacional conversível em moeda estrangeira – você compra isso. E como isso é transferido para o seu disco rígido do seu computador? Pelo sistema que eles denominam “download”; ou seja, acessa, depois de feitos todos os mecanismos, você autoriza e o computador fica parado uns 10, 15 minutos, dependendo do tamanho do programa, e você incorpora dentro do programa. Qual é a diferença entre um e outro? É que a linguagem matemática binária que compõe o “software” ou é transmitida tendo como base um disquete ou por meio do sistema da Internet. Adquirido, então, o que se contém dentro do disquete ou aquilo que me é transmitido via sistema de Internet. Qual a diferença entre um bem e outro? Nenhuma. O que eu adquiri foi um sistema de software. A diferença fundamental foi a forma pela qual me foi transferido esse sistema.

[...]

Então veja, a energia elétrica que compõe elemento de base e semelhança e a energia elétrica não é um sinal binário matemático, mas algo que não coincide com um bem corpóreo em sentido estrito da expressão que se está utilizando. Não sei, pelo menos alguém até agora não conseguiu agarrar a energia elétrica. Toda vez que tentei agarrar tive problemas. Crio que todos já tiveram o mesmo problema [...]

[...] a energia elétrica é tratada como mercadoria pela Constituição. Tanto é que essa letra “b” diz que na hipótese de transmissão interestadual não é cobrável de um Estado para outro.

[...]

Então, veja, se isento, se digo que a evasão fiscal não está abrangida pelo ICMS, a transmissão de um programa, pela via da transferência eletrônica de dados, estou dizendo que não estou cobrando [sic] o programa, mas o bem corpóreo. Por que não tem bem corpóreo não estou comprando? Estou comprando o programa. Começa a entrar em limites, ou seja, a linguagem utilizada no sistema da Constituição pelo ICMS começa a bater com sistemas modernos de comercialização, de transferências. O caminho todo é dessa forma, ou seja, vai se utilizar cada vez mais esse sistema de inter-relações através do sistema de internet. A prestação de serviços, inclusive, se produz hoje basicamente pela internet. Nenhuma empresa mais, Ministro Sepúlveda Pertence, recebe naquela hipótese de não incidir em si mesmo, porque é serviço. A transferência do serviço encomendado não é por sistema de disquete, é por sistema de “download”, por sistema meramente de comunicação.³⁸⁷

Vê-se, assim, que, já naquele momento – isto é, em 1999 – colocou-se em dúvida a tese de que os *softwares* padronizados seriam mercadorias em razão de serem objetos

³⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 37-39 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

corporificados. Colocou-se em dúvida, assim, se a “corporificação” seria um requisito inerente ao conceito constitucional de mercadoria, para fins de incidência do ICMS. Em razão da dúvida lançada pelo Ministro Nelson Jobim, ele pediu vista dos autos para analisar a questão com mais profundidade.

Em 29/03/2006, ou seja, quase 7 anos depois, o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945, foi retomado pelo Pleno, com a apresentação do voto-vista do Ministro Nelson Jobim. Vale transcrever alguns trechos desse voto, que sintetizam com precisão a problemática:

A questão, portanto, é saber se o ICMS pode ser cobrado pelo licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. O argumento da atual posição do Tribunal é de que não se trata de bem corpóreo ou mercadoria no sentido estrito e, por isso, não pode ser objeto da incidência do ICMS. Por outro lado, o Tribunal já confirmou a posição de que o ICMS incide sobre a venda de softwares de prateleira, ou seja, os programas de computador adquiridos materialmente ou por meio de embalagem vendida no mercado varejista. *A pergunta fundamental, portanto, é essa: é possível a incidência de ICMS sobre a circulação de mercadoria virtual?*³⁸⁸ (grifos nossos)

A resposta dada pelo Ministro Nelson Jobim ao questionamento acerca da possibilidade de incidência de ICMS sobre a circulação de mercadoria virtual foi afirmativa. Conforme o ministro consignou em seu voto:

Existem, basicamente, duas formas, hoje, de aquisição de programa de computador: uma delas se dá pela tradição material, corpórea de um instrumento que armazena o mencionado programa. Tratava-se de forma usual e mais comum de aquisição de programa de computador. Entretanto, a revolução da internet demoliu algumas fronteiras por meio da criação e aprimoramento de um “mundo digital”. A época hoje é de realização de negócios, operações bancárias, compra de mercadorias, acesso a banco de dados de informações, compra de músicas e vídeos, e aquisição de programa de computador nesse ambiente digital. Não há nessas operações a referência ao corpóreo, ao Tateável, mas simplesmente pedidos, entregas e objetos que são, em realidade, linguagem matemática binária.³⁸⁹

Vê-se, desse modo, que o ministro levou em conta, para proferir seu voto, as *mudanças sociais proporcionadas pelo avanço da tecnologia*. Parece-nos, portanto, que é possível afirmar, com segurança, que o Ministro Jobim estava afirmando em seu voto, que a despeito do pouco tempo transcorrido, os precedentes proferidos pela 1ª Turma a respeito da tributação de

³⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 59 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

³⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 60 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

programas de computador tinham se tornado *socialmente incongruentes*, em razão da evolução da sociedade em seu aspecto tecnológico. O avanço da tecnologia passara a possibilitar a comercialização de *softwares* padronizados não mais por intermédio de suportes físicos, mas por meio da transferência eletrônica de dados. Na visão do ministro, portanto, a despeito da inexistência de suporte físico, havia, nessa situação, uma mercadoria sendo comercializada e, assim, sujeita ao ICMS.

Após a apresentação do voto-vista do Ministro Jobim, foi a vez do Ministro Ricardo Lewandowski pedir vista dos autos por mais um longo período. Conforme as atas de julgamento integrantes do inteiro teor do acórdão, o Ministro Lewandowski pediu vista dos autos na sessão de 29/03/2006 e apresentou seu voto-vista na sessão de 26/05/2010.³⁹⁰

Nesse ínterim, mais especificamente, em 17/06/2008, enquanto o Pleno não concluía o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945, a 2ª Turma do STF analisou a questão da tributação dos *softwares*, por meio do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285.870/SP. Ao fim do julgamento desse recurso extraordinário, a 2ª Turma chegou à mesma conclusão a que chegara a 1ª Turma nos casos precedentes.³⁹¹

Em 26/05/2010, o Pleno retomou o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945. Nessa oportunidade, o Ministro Lewandowski apresentou seu voto-vista, acompanhando a relator para afastar a incidência do ICMS nas aquisições de *softwares* “de prateleira” adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados. Na mesma sessão também foram apresentados os votos remanescentes. Acompanharam o relator, além do Ministro Lewandowski, os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Todos os demais, acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro Nelson Jobim. Desse modo, por maioria, o Tribunal Pleno indeferiu a cautelar que pleiteava a suspensão da expressão “ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados” da lei mato-grossense que regulava a incidência do ICMS naquele estado.³⁹²

Mais relevante do que o resultado do julgamento da questão pelo Tribunal Pleno do STF – já que se tratava de uma cautelar e não do exame do mérito em si – foram os debates que

³⁹⁰ (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 62 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022).

³⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285.870/SP*. Relator Min. Eros Grau. 17 de junho de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539219>. Acesso em: 29 jan. 2022.

³⁹² (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 63 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022).

sucederam à apresentação do voto do Ministro Lewandowski, eis que se discutiu como a evolução da sociedade no campo tecnológico desde o julgamento que inaugurou a jurisprudência do STF sobre a tributação de programas de computador teria alterado as premissas fáticas sob as quais aquele julgamento se pautara.³⁹³

³⁹³ “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, há um dado interessante aqui – teremos uma discussão – é um caso interessantíssimo, em todas as suas dimensões, porque mostra que *a mudança, na realidade, afeta ou pode afetar a interpretação*. Esse debate já foi colocado, conforme destacava o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em relação aos livros, e, agora, aos e-books e tudo o mais, pois gozam da mesma imunidade que assegura aos livros, ao papel, mas aqui isso fica evidente. Não faz muito – eu comentava há pouco com o Ministro Marco Aurélio – um pequeno produtor de CDs de música, uma pequena produtora, alguém responsável por isso, comentava que esse negócio está desaparecendo e, fundamentalmente, a produção de CDs está desaparecendo graças a essa atividade da internet. Então, dizia ele, a não ser que haja encomendas para fim de ano e para ocasiões etc., as pequenas produtoras desaparecem, e também as grandes estão enfrentando grandes dificuldades.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É fácil baixar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Logo, a ideia de comercialização ou circulação passa a ocorrer por via eletrônica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não deixa de ser comércio, essa que é a importância.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – On-line.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E tanto é que temos, hoje, a discussão sobre o comércio na internet, que está assumindo inclusive no que diz respeito a esses objetos eletrônicos. Entendo a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, que tem toda a densidade, mas há um constrangimento que decorre dessa nossa forma de atuação: essa liminar, como vimos, começou a ser julgada já faz alguns anos.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E há esse risco, para o qual eu insisto em chamar a atenção, da possibilidade – certamente depois poderemos fazer retratos mais específicos – de que determinado objeto de tributação desapareça por completo, como está acontecendo exatamente nessa área dos CDs, discos e coisas assim, e venha a ser substituído por todo tipo de transferência eletrônica. Já sabemos disso com a técnica, hoje, de fazer-se o download. Tanto é que já se faz esse tipo de pagamento regular por internet, com cartão de crédito e tudo mais. Então, corremos o risco, também, de esvaziamento de uma base tributária que é importante para o Estado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Com a internetização isso se tornou normal, corriqueiro.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Por isso o Ministro Nelson Jobim falou: “Isso também é circulação”. E veja, aqui é um caso notório. *Chamo a atenção, de novo, no plano da hermenêutica, em que a mudança na realidade afeta a interpretação do texto constitucional de alguma forma, ou vai afetar ou poderá afetar*.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – *O próprio substantivo circulação passa a ganhar um sentido novo. A internetização da vida leva à proliferação dos negócios via on-line*.

[...]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas há uma coisa grave aqui nesta liminar. Realmente, ainda não consegui alcançar a razão de suspender a expressão “ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados”. *Na verdade está o quê? Suspendendo a previsão de um outro ambiente de concretização de operações, isto é, está-se reconhecendo que é possível haver operação mercantil sujeita à tributação, mas se suspende quanto ela é realizada por via eletrônica. E qual é o problema? Em vez de se comprar da prateleira, compra-se por transferência eletrônica. É a mesma coisa. Isto é, se está na prateleira, e se compra na prateleira; e se se compra por pedido eletrônico, é a mesma coisa*.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Tem razão. *Nesses 11 anos, esse comércio evoluiu muito*.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ministro Peluso, a mercadoria é entregue fisicamente em sua casa, mas o software é comercializado via on-line, quer dizer, em linha de princípio, com todas as vênias, não afastaria o conceito de mercadoria e, portanto, a incidência do ICMS.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Em vez de comprar um CD e instalar na máquina, entra na internet, compra e transfere diretamente para a máquina. Em ambos os casos, a operação mercantil está caracterizada”. (grifos nossos) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação*

Após os debates acerca de como a evolução social no campo tecnológico teria alterado as premissas fáticas sob as quais a jurisprudência a respeito da tributação de programas de computador se formou, o Ministro Dias Toffoli apresentou seu voto, no qual também destacou essa evolução como motivo para não aplicar os precedentes da 1ª Turma do final dos anos 1990, que consideravam que os bens incorpóreos não se subsumiam ao conceito de mercadoria e, portanto, à hipótese de incidência do ICMS.³⁹⁴

Da maneira semelhante, o voto do Ministro Eros Grau afirmou que “lavou minha alma ouvir o Ministro Gilmar Mendes dizer que a realidade altera o significado dos textos. Passei seis anos nessa corte tentando dizer isso: o movimento da vida e da realidade é o que dá significado normativo aos textos”.³⁹⁵ Foi no mesmo sentido o voto do Ministro Ayres Brito, segundo o qual “hoje temos uma realidade virtual, isso é tão verdadeiro que a própria expressão ‘realidade virtual’ é paradoxal; seria paradoxal há dez anos, porque virtual era o oposto de real. E hoje já falamos de realidade virtual eliminando toda e qualquer contradição”.³⁹⁶

Até mesmo o Ministro Ricardo Lewandowski, depois de apresentados os votos mencionados acima, contrários ao entendimento exposto em seu voto, consignou esclarecimentos à corte, afirmando que:

Estou de acordo, entendo que a realidade mudou; entendo que se deve tributar essa operação, mesmo que feita on line, através da internet, mas penso que talvez seja o momento de protegermos, pelo menos liminarmente, cautelarmente, enquanto não houver uma definição da Corte sobre a natureza desse produto.³⁹⁷

Analisando todos os argumentos lançados pelos ministros no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945, parece-nos claro que a evolução

Direta de Inconstitucionalidade nº 1945. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. P. 76-80 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022).

³⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 83 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022

³⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 85 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022

³⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 86 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022

³⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. p. 88 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 05 fev. 2022

social, especificamente no campo da tecnologia, justificou a superação da jurisprudência firmada anteriormente no âmbito das turmas do STF em relação à tributação dos programas de computador. Considerar que os “*softwares* de prateleira” seriam mercadorias em razão do fato de serem comercializados, em regra, por intermédio de suportes físicos, deixou de ser, no já distante ano de 2010, uma afirmação socialmente verdadeira. Os programas de computador padronizados haviam deixado de ser comercializados “em prateleiras” e passado a ser comercializados on-line e entregues aos adquirentes não mais por CDs, mas por meio de transferência eletrônica de dados. Desse modo, aplicar os precedentes firmados no início dos anos 1990 a respeito do ano equivaleria a desconsiderar essa evolução social.

Vale ressaltar, entretanto, que esse julgamento teve como objeto apenas a medida cautelar requerida no âmbito da ADI nº 1945. O mérito da questão viria a ser julgado apenas em fevereiro de 2021, ou seja, 11 anos depois da conclusão do julgamento da medida cautelar. Vejamos, então, o inteiro teor desse julgamento, a fim de compreendermos o que foi decidido pelos integrantes da corte.

A relatora originalmente designada para a ADI nº 1945, Ministra Carmen Lúcia, iniciou a análise do mérito referindo-se aos precedentes julgados pela 1ª Turma no final dos anos 1990, que definiram (i) a incidência do ICMS na comercialização de “*softwares* de prateleira” em razão de sua natureza corpórea (RE nº 176926); e (ii) a diferenciação entre a produção em massa de programas de computador para a disponibilização no mercado varejista e o licenciamento ou cessão de uso desses programas (RE nº 199464).³⁹⁸ Depois de analisar a evolução tecnológica do momento histórico em que os precedentes foram formados até o ano de 2021, a ministra acabou por refutar as conclusões alcançadas pelo primeiro precedente e por aplicar as conclusões alcançadas pelo segundo.³⁹⁹

Nesse sentido, a ministra conclui que a natureza corpórea deixou de ser um elemento essencial para a subsunção de algo ao conceito constitucional de mercadoria. Dessa forma, o fato de o bem ser comercializado por meio da transferência eletrônica de dados não teria o condão de afastar a incidência do ICMS da operação. Para a ministra, o essencial para a subsunção ou não de uma operação com um programa de computador ao arquétipo constitucional do ICMS seria a padronização do programa com intuito de mercancia. Assim, na

³⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 30 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

³⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 36. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

concepção da relatora, *softwares* padronizados estão sujeitos à incidência do ICMS, ao passo que o desenvolvimento de *softwares* sob demanda está sujeito à incidência do ISS.⁴⁰⁰

O voto do Ministro Edson Fachin, caminhou no mesmo sentido do voto da relatora. Em seu entendimento, “a distinção de *softwares* segundo o grau de customização remanesce válida e essencial para a definição da competência tributária”.⁴⁰¹ Afirma o voto do ministro que:

Com o tempo, a compreensão sobre o que são os “*softwares* de prateleira” sofreu mudanças. É inegável que há novas maneiras de comercializar, pagar transações, encomendar e consumir bens, o que faz com que o crescimento da economia digital a transforme na própria economia.

Em consequência disso, materiais didáticos e programas de computador não são mais adquiridos da mesma forma, visto que podem ser manuseados por meio de mídias eletrônicas. A transmissão eletrônica de dados sem a existência de um suporte físico tornou-se, portanto, uma realidade ao que não subsiste a compreensão do *tipo mercadoria* como algo corpóreo.

Nesse sentido, parte do sentido dos *softwares off the shelf*, relativamente a ser um programa já acabado, bem definido, estável e concebido para desempenhar uma mesma função a uma pluralidade de usuários permanece

[...]

Todavia, se antes programas de computador, quando produzidos em série e destinados à comercialização, deviam ser físicos, materializando-se o “*corpus mechanicum*” da criação intelectual, isso hoje não é mais necessário...⁴⁰²

Vê-se, assim, que na concepção do voto do Ministro Fachin, a despeito de o “*corpus mechanicum*” não ser essencial para a caracterização de uma mercadoria – como a 1ª Turma havia concebido no precedente original a respeito da matéria – a produção em massa destinada a comercialização o é. Partindo dessa concepção, o voto concluiu pela constitucionalidade da incidência do ICMS nas operações com programas de computador padronizados.

Depois da apresentação do voto do Ministro Edson Fachin, foi a vez do Ministro Dias Toffoli apresentar seu voto. Esse voto abriu divergência em relação aos votos anteriores e acabou sendo acompanhado pela maioria dos integrantes do colegiado para considerar que sobre programas de computador deve incidir o ISS e não o ICMS, independentemente de tais

⁴⁰⁰ São trechos da conclusão do voto da Ministra Carmen Lúcia: “Nesse sentido, vislumbra-se adequado reconhecer a mercancia de licenças de utilização de programas de computador, postas indiscriminadamente à disposição do público para aquisição, como forma de circulação de mercadorias, atraindo, portanto, a incidência do ICMS na espécie. Ressalte-se que essa compreensão reafirma a exclusão do serviço de composição sob demanda de programas de computador, ou *softwares*, e do suporte inerente a esses programas, notadamente no que concerne aos fabricados sob a forma de código aberto (distribuições corporativas), do campo de incidência do ICMS.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 30 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022).

⁴⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

⁴⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 30 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

programas serem feitos sob medida ou de forma padronizada. A razão para a tomada dessa decisão, contudo, não foi a corporificação ou não desses programas nem a sua padronização. Assim como na medida cautelar que antecedeu o julgamento do mérito da ADI nº 1945, a razão para a tomada dessa decisão, que acabou por modificar a jurisprudência do STF sobre a celeuma envolvendo a tributação dos *softwares* foi, mais uma vez, a evolução da sociedade no campo tecnológico.⁴⁰³ Nesse sentido, convém transcrever alguns trechos do voto:

Prosseguindo na análise do caso, é importante registrar que admito, como já vislumbrei no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.945/MT, ao acompanhar o Ministro Nelson Jobim, que a expressão mercadoria, para fins de incidência do ICMS, não é inequívoca no sentido de que abrange tão somente os bens corpóreos (tangíveis) que são objeto de comércio ou destinados a sê-lo. Levando-se em conta, por exemplo, ter a Constituição (art. 155, § 3º) previsto a possibilidade de o imposto incidir sobre operações relativas a energia elétrica, não há como sustentar que as coisas incorpóreas estariam necessariamente fora do conceito de mercadoria.

Também não se diverge quanto ao entendimento de que o software, em si, pode ser considerado um bem digital incorpóreo (imaterial) que, em tese, pode configurar fato gerador do ICMS, a depender das características do negócio jurídico que norteiam sua aquisição.

Entendo, todavia, que a tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) parece não mais ser suficiente para a definição da competência para tributação dos negócios jurídicos de licenciamento ou cessão de uso de programas de computador em suas diversas modalidades, da mesma forma que a Suprema Corte, em diversos julgados, tem superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia).

Vide que os softwares, inicialmente transacionados em suportes físicos, passaram a ser oferecidos quase que integralmente em ambiente virtual, primeiramente por meio de download (customizável ou não) e, mais recentemente, com o surgimento da infraestrutura em nuvem, por meio de acesso direto à internet.

[...]

O Supremo Tribunal Federal não tem se furtado a admitir as mudanças nos sistemas econômicos ocasionadas pelas novas formas de exercício de atividades remuneradas. O precedente formado nos autos do RE nº 330.817/RJ, de minha relatoria, é exemplo inequívoco da *necessidade de uma aproximação entre o que está posto pelo constituinte de 1988 e a realidade que acompanha a norma ao longo de toda sua vigência.*

Esse é o fundamento da chamada *interpretação evolutiva* que também deve guiar o deslinde deste caso. Na época em que o ICMS foi idealizado, por certo não havia o intenso comércio eletrônico que existe hoje. Ademais, mercadorias que antes eram comercializadas apenas fisicamente hoje podem ser negociadas via transferência eletrônica de dados (v.g. e-book).

Da mesma forma, na economia digital, mais e mais aplicativos e serviços podem ser rapidamente fornecidos e liberados com esforço de gerenciamento ou interação de serviços mínimos. A interpretação do texto constitucional não pode ficar alheia a essas novas realidades.

[...]

Com efeito, no caso de licenciamento ou cessão de uso de software personalizado por meio de transferência eletrônica direta, parece não haver controvérsia na jurisprudência da Corte quanto à incidência do ISS, com base no entendimento firmado no RE nº 176.626/SP e sinalizado na ADI nº 1.945-MC. [...]

⁴⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 70-98 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

O mesmo entendimento, a meu sentir, deve ser adotado quanto ao licenciamento ou à cessão de uso de software padronizado.

[...]

É que, analisando-se a questão dessa perspectiva, constata-se que há uma operação mista ou complexa, envolvendo, além da obrigação de dar um bem digital, uma obrigação de fazer. A obrigação de fazer está presente naquele esforço intelectual e, ainda, nos demais serviços prestados ao usuário, como, v.g., o help desk, a disponibilização de manuais, atualizações tecnológicas e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento ou de cessão de uso.

[...]

Perceba-se, além do mais, que as empresas como as citadas têm de manter, gerenciar, monitorar, disponibilizar etc. recursos físicos ou mesmo digitais que viabilizam tal modelo de computação. Todas essas ações necessitam, em boa medida, de esforço humano, notadamente de profissionais que detêm conhecimento especial sobre computação.

[...] Não há dúvida, assim, de que existe, nesse modelo de computação, obrigações de fazer em favor do usuário.

Note-se que, mesmo na hipótese de a computação em nuvem envolver um software padronizado, ainda há os citados serviços prestados em favor do usuário, de modo a atrair a incidência do ISS sobre eles. Pode-se visualizar aqui, também, a existência de operação complexa, de modo análogo às situações mencionadas nos itens anteriores deste voto.⁴⁰⁴ (grifos nossos)

Dos trechos transcritos do voto do Ministro Dias Toffoli, verifica-se que o principal motivo pelo qual, em sua concepção, deveria incidir ISS, e não ICMS, nas operações com *softwares*, mesmo que padronizados, foi o fato de que, na realidade atual, essas operações envolvem obrigações de fazer em maior medida do que obrigações de dar.

Explica-se: quando do julgamento dos primeiros precedentes a respeito da tributação de operações com programas de computador, o estágio tecnológico em que a sociedade se encontrava exigia o uso de suportes físicos para a comercialização dos programas de computador padronizado. Dessa forma, a título de exemplo, caso uma pessoa quisesse adquirir um programa antivírus para seu computador pessoal, tinha que se dirigir a uma loja de informática e comprar um CD com referido programa. Todavia, passado algum tempo desde a aquisição desse CD, novos vírus eram desenvolvidos, tornando o antivírus adquirido obsoleto. Em razão disso, caso essa pessoa quisesse manter-se protegida desses novos vírus de computador, ela era obrigada a se dirigir novamente a uma loja e comprar um antivírus novo. Afinal, a capacidade tecnológica da internet naquele momento histórico não permitia que o programa antivírus fosse constantemente atualizado, a fim de manter o comprador – ou o cessionário da licença de uso daquele programa – protegido dos vírus desenvolvidos posteriormente ao antivírus.

⁴⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 70-98. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Desse modo, ainda que a utilização do antivírus se desse mediante cessão do direito de uso daquele programa, o cessionário tornava-se detentor de um programa pronto e acabado. Mal comparando, a aquisição de um programa de computador naquele momento ocorria de forma semelhante à compra de um carro, isto é, ao se comprar, por exemplo, um Corolla 2022, adquire-se um produto pronto e acabado, não sendo possível instalar um “pacote de atualização” visando transformar esse carro em um Corolla 2023 no futuro. Caso essa pessoa deseje um Corolla 2023, tem que comprar um novo produto. Da mesma forma, caso a pessoa quisesse atualizar seu antivírus Norton 99, ela precisava comprar um novo antivírus, um Norton 2000, por exemplo.

Atualmente, essa operação não acontece mais dessa forma. Em razão da evolução tecnológica, atualmente, ao se adquirir um programa antivírus, firma-se um contrato de cessão de direito de uso desse programa, que é atualizado de forma constante, pelo tempo de vigência do contrato. Assim, ainda que esse antivírus seja um programa padronizado, acessível a qualquer pessoa que esteja disposta a pagar o preço cobrado pela cessão do direito de seu uso, a característica de serviço desse programa, hoje, sobressai à sua característica de mercadoria.

Conclui-se, assim, que para o Ministro Toffoli, a evolução da sociedade, em seu aspecto tecnológico, justificaria uma mudança na jurisprudência do STF. Caso essa mudança não fosse feita, o direito tornar-se-ia socialmente incongruente e, assim, perderia efetividade.

Além disso, reconhecendo que seu voto representava uma mudança jurisprudencial e que essa mudança implicava na alteração da competência para a tributação das operações com *softwares* padronizados – já que o ICMS é de competência dos estados e o ISS, dos municípios –, o Ministro Toffoli propôs a modulação dos efeitos dessa mudança, de modo que passassem a valer apenas de maneira prospectiva.⁴⁰⁵

Algumas das considerações apresentadas no voto do Ministro Dias Toffoli a respeito da evolução vivenciada pelas operações com programas de computador entre o final dos anos 1990 e o ano de 2021 – que acabaram por distanciá-las da venda de uma mercadoria e aproximá-las da prestação de um serviço – ficam ainda mais claras no voto apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Corte aqui fez uma evolução. Já adianto, pedindo todas as vênias à eminente Ministra Cármen Lúcia e ao Ministro Edson Fachin, que vou acompanhar o eminente Ministro Dias Toffoli, porque entendo que este julgamento é exatamente uma evolução, ou pode vir a ser uma evolução, que se iniciou, como dito pelo eminente Ministro Dias

⁴⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 99-104. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Toffoli, em 1998, no RE 176.626, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, quando se começou a discutir a tributação em relação a *softwares*.

Naquele momento, já foi dito, longamente, houve diferenciação entre *software* produzido, diríamos assim, artesanalmente e os chamados *softwares* de prateleira. Essa divisão possibilitou que, no caso de *software* artesanal, incidisse o ISS e, no *software* de prateleira, incidisse o ICMS.

A Corte foi evoluindo, reanalisando, e se posicionando sobre possibilidade ou desnecessidade de características de um bem corpóreo ou incorpóreo, exatamente porque o que, lá atrás, vinha em disquetes, depois CDs e DVDs, foi-se perdendo com tempo e com a tecnologia.

A Corte também foi se posicionando e evoluindo nesse sentido, entendendo que não apenas a comercialização de *softwares* físicos seria objeto de tributo - no caso estadual -, mas também a comercialização por *download*, bastando a padronização. Esse foi, a meu ver, o ponto central da diferenciação de *software* de prateleira daquele artesanal ou encomendado: a padronização.

Mas, aqui, Presidente, parece-me, há diferença para outro caso recente que julgamos - todos devem recordar -: a questão da farmácia de manipulação.

A discussão era muito semelhante, extremamente semelhante, e a Corte, por maioria, entendeu que, na manipulação feita por encomenda, incidiria o ISS, na manipulação feita e colocada na prateleira - também foi usado esse termo - incidiria o ICMS, só que, entendo, com *uma diferença muito grande em relação à presente hipótese. Diferentemente da questão anterior, no remédio de manipulação, onde o remédio de prateleira é feito, colocado e vendido, ou não, acabou a relação entre quem produziu e quem vai se beneficiar disso.*

Na questão da computação, não. A questão não se resume, a meu ver, com todo o respeito, com todas as vênias às posições em contrário, a uma questão de venda de uma mercadoria. É algo dinâmico, é uma prestação contínua de serviços, atualizações - foi dito pelo eminente Ministro Dias Toffoli -, armazenamento em nuvens, constante segurança via antivírus, ou seja, na verdade, a meu ver, é um pacote de serviços.

Quando se adquirem esses softwares, sejam artesanais ou encomendados, sejam os de prateleira, o que se está a adquirir é um pacote de serviços. Se é um pacote de serviços, nos termos da Constituição e nos termos da legislação, não me parece que possa incidir o ICMS, porque, nos termos do art. 156, III, do Texto Constitucional, é possível que a lei complementar estabeleça, no caso de operações mistas - mesmo que entendamos ser aqui uma operação mista -, a prevalência do serviço, para fins de tributação do ISS.

[...]

É diferente a produção de uma geladeira da venda da geladeira, aquisição de mercadoria da aquisição de todo um licenciamento, uma cessão de direito de uso de um *software* que vem junto com um pacote de serviços de atualização de um pacote de serviços.⁴⁰⁶

A divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli e seguida pelo Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhada pelos ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Marco Aurélio e Luiz Fux, formando a maioria para declarar inconstitucional a incidência do ICMS sobre operações com programas de computador, sejam estes padronizados ou não. Em todos esses votos, considerou-se que, em razão da evolução social no campo tecnológico, a feição preponderante nos *softwares* padronizados deixou de ser a de mercadoria e passou a ser a de

⁴⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 105-107. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

serviço. Em razão disso, justificava-se a mudança jurisprudencial, sob pena de tornar o direito anacrônico.

6.2.2.3 Análise da mudança jurisprudencial

Como exposto nos Capítulos 4 e 5, a constitucionalidade de qualquer mudança jurisprudencial depende da observância do princípio constitucional da segurança jurídica. Não há, assim, nenhum problema em se modificar uma jurisprudência, desde que essa mudança não desrespeite a segurança jurídica.

Relembramos, nesse sentido, que a segurança jurídica é, na ordem jurídica brasileira, um princípio jurídico constitucional que almeja um estado ideal de cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade do direito. Sendo a jurisprudência parte integrante do ordenamento jurídico, nos termos defendidos nesta tese não só as leis, mas a jurisprudência deve buscar esse estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

A jurisprudência será cognoscível se ela for material e intelectualmente compreensível e efetiva, além de coerente e consistente. Assim, a jurisprudência será compreensível se o cidadão puder saber qual seu conteúdo. Será efetivo se esse conteúdo for aplicado. Será coerente se os casos semelhantes receberem soluções semelhantes. E será consistente se for livre de contradições.

Como exposto em 6.2.1.3, após fechar-se às demais hipóteses interpretativas que o texto legal dava, a jurisprudência consolida um conteúdo para a norma, dando ao cidadão conhecimento material e intelectual para desse conteúdo. A rigor, a possibilidade de reabertura das hipóteses interpretativas anda contra o estado ideal de cognoscibilidade, já que essa possibilidade dificulta o conhecimento material e intelectual do conteúdo do direito. De forma semelhante, se a solução dada pelo caso precedente não for aplicada aos subsequentes, estar-se-á afastando do requisito da efetividade, em razão da possibilidade de mudanças constantes dessa solução. Afinal, não se saberá, com grau razoável de certeza, se a solução será ou não aplicada futuramente. Igualmente, a não vinculação do Poder Judiciário ao fechamento interpretativo realizado é um ato, a rigor, contrário aos requisitos de coerência e consistência. Perde-se coerência na hipótese de se admitir que as consequências aplicadas a um caso possam ser diferentes das consequências aplicadas a outro caso com as mesmas características. Também se perde consistência caso se admita que casos semelhantes recebam tratamentos distintos, na medida em que se contribui para a existência de contradições entre essas soluções.

Apesar disso, há situações em que o princípio da segurança jurídica permite que o Poder Judiciário se afaste da jurisprudência consolidada e aplique novas soluções aos casos sem se afastar do estado ideal de cognoscibilidade e, assim, do princípio da segurança jurídica. Essas situações, como exposto em 4.2.2.3, são aquelas em que a solução precedente se torna socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente. Na realidade, nessas situações, a evolução da jurisprudência não só não afasta o direito do estado ideal de cognoscibilidade, como, na realidade, aproxima-o desse estado ideal. A evolução jurisprudencial do STF, no que tange à tributação de programas de computador, é um exemplo claro disso.

Como exposto no item anterior, os precedentes firmados pelo STF nos anos 1990, que definiram que nas operações com *softwares* de prateleira deveria incidir o ICMS, levaram em conta a realidade social da época. Na compreensão do STF, naquele momento histórico, os *softwares* de prateleira eram mercadorias, eis que comercializados por meio de suportes físicos (disquetes, CDs, DVDs etc.) em lojas varejistas, assim como eram livros, discos ou qualquer outra mercadoria.

A evolução da tecnologia foi mudando, pouco a pouco, essa realidade social. Num primeiro momento, os programas de computador padronizados foram deixando de ser comercializados por intermédio de suportes físicos e passaram a ser comercializados *on-line*, por intermédio da transferência eletrônica de dados. E, num segundo momento, deixaram de ser comercializados como produtos acabados e passaram a se caracterizar mais como um serviço do que como uma mercadoria.

Esses dois “degraus evolutivos” da tecnologia fizeram com o STF, num primeiro momento, autorizasse a incidência de ICMS sobre os *softwares* “de prateleira” comercializados por meio da transferência eletrônica de dados – ao indeferir a Medida Cautelar na ADI nº 1945⁴⁰⁷ – e, num segundo momento, refutasse a incidência do ICMS nesses mesmos *softwares* – ao julgar o mérito da referida ADI⁴⁰⁸ – eis que os negócios jurídicos a eles atrelados seriam um pacote de serviços, sujeitos, assim, ao ISS.

Em razão dessa evolução social no campo tecnológico, a manutenção da jurisprudência tal qual firmada nos anos 1990 seria uma atitude que em vez de levar o direito em direção ao estado ideal de cognoscibilidade, o levaria no sentido contrário a ele. Afinal, a manutenção da

⁴⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 26 fev. 2022.

⁴⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 26 fev. 2022.

jurisprudência, neste caso, implicaria a incidência do ICMS sobre uma operação que, atualmente, detém mais características de um serviço do que de uma mercadoria, já que os programas de computador padronizados não são mais um produto acabado. Hoje, eles são um verdadeiro pacote de serviços, prestado durante a vigência do contrato de uso do programa.

Desse modo, a manutenção da jurisprudência, nesse caso específico, tornaria o direito: (i) menos compreensível, já que teria que se admitir como mercadoria algo que não o é; (ii) menos efetivo, já que, em razão da dificuldade de se enquadrar os *softwares* padronizados como mercadorias poderia levar à não aplicação da norma jurídica pelos contribuintes, pela Administração e até mesmo pelo Judiciário; (iii) menos coerente e menos consistente, já que, mais uma vez, estar-se-ia tributando como mercadoria algo que, na realidade, é um serviço.

Vê-se, assim, que, a mudança da jurisprudência do STF a respeito da tributação de programas de computador não só não ofendeu ao princípio da segurança jurídica no aspecto cognoscibilidade, como contribuiu para o atingimento desse estado ideal. Isso porque essa mudança de jurisprudência teve como causa uma incongruência social, que estava afastando o direito da realidade.

A análise dessa evolução jurisprudencial sobre a tributação de programas de computador sob o viés do estado ideal de confiabilidade, leva a conclusões muito semelhantes às da análise dessa evolução sob o aspecto da cognoscibilidade. Relembramos, inicialmente, que o estado ideal de confiabilidade requer a estabilidade e a eficácia normativa. Assim, a jurisprudência será confiável se ela for estável e eficaz.

A estabilidade normativa está relacionada à ideia de permanência do ordenamento, isto é, com a sua não modificação de maneira constante. Dessa forma, para atingir o estado ideal de confiabilidade, almejado pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência precisa ser estável, não se alterando de forma constante. Assim, para que a jurisprudência possa ser considerada confiável, deve existir uma justa causa que autorize o Poder Judiciário a desvincular-se de seus precedentes.

No caso da tributação dos programas de computador, essa justa causa se fez presente.

Não foi uma singela mudança de opinião ou da composição da corte julgadora que deu azo à mudança de jurisprudência sobre a tributação dos programas de computador padronizados. Foi a própria evolução da sociedade no campo tecnológico que tornou necessária essa mudança. Se, nos anos 1990, referidos programas de computador detinham, na concepção do STF, as características para serem considerados mercadorias, em 2021, essa realidade mudou. Esses programas não são mais comercializados como produtos prontos e acabados. Atualmente, eles sofrem atualizações e manutenções constantes ao longo de todo o prazo de

vigência da cessão do direito de uso. É possível afirmar, até mesmo, que não foi a jurisprudência que mudou, mas a própria operação tributada que mudou. Em razão disso, entendemos que, não é possível afirmar que essa mudança jurisprudencial tenha gerado qualquer tipo de *desconfiança* em relação ao direito.

Por fim, o estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio da segurança jurídica exige que o direito seja dotado de vinculatividade, anterioridade e continuidade. Como apresentado no item 5.3.2.2, a vinculatividade aplica-se como regra, exigindo que o Poder Judiciário atue com coerência, não mudando de opinião, salvo se houver uma razão que justifique a mudança. Já a anterioridade e a continuidade aplicam-se como princípios orientadores da exceção, isto é, quando há uma razão que justifique a desvinculação do Poder Judiciário das decisões tomadas anteriormente. Quando há, portanto, uma causa que justifique a não aplicação da regra da vinculação, a anterioridade exige que o Poder Judiciário sinalize, com antecedência razoável, que sua jurisprudência será alterada, e crie mecanismos que tornem suave a transição da norma antiga para a nova.

Parece-nos que todos esses requisitos foram respeitados pelo STF na mudança de jurisprudência ocorrida a respeito da tributação das operações com *softwares*. Em primeiro lugar, como já explicado, houve uma justa causa para a desvinculação do tribunal de seus precedentes, consistente na incongruência entre o precedente e a realidade social, causada pela evolução da tecnologia. Além disso, como já exposto, calculável é o direito que pode ser antecipado, evitando a surpresa. A forma como as operações envolvendo programas de computador padronizados eram realizadas nos anos 1990 mudou muito até os dias de hoje. Essas mudanças foram tantas, que, como já exposto, esses programas deixaram de ter características de mercadorias e passaram a ter as características de um pacote de serviços. Não nos parece legítima, assim, eventual alegação de surpresa em relação à mudança da jurisprudência. Se a forma como a operação é realizada mudou, é de se esperar (ou seja, é possível *calcular*) que a tributação sobre essa operação também mudaria.

Não obstante essa possibilidade de se antecipar que uma mudança poderia acontecer em razão das alterações fáticas narradas acima, o STF expressamente reconheceu que estava modificando sua jurisprudência e, decidiu por modular essa mudança prospectivamente, criando regras de transição e protegendo o direito daqueles que estavam discutindo a questão

judicialmente.⁴⁰⁹ Dessa forma, além de não ter havido desrespeito ao dever de vinculação, também se respeitou os deveres de anterioridade e de continuidade.

Diante de todo o exposto, parece-nos possível afirmar que a mudança de jurisprudência a respeito da tributação das operações com programas de computador padronizados é um exemplo de mudança jurisprudencial que não ofendeu o princípio constitucional da segurança jurídica. Isso porque essa mudança jurisprudencial teve como causa uma mudança na realidade social, que tornou as decisões precedentes socialmente incongruentes. Dessa forma, como visto, essa mudança jurisprudencial não só não trouxe prejuízos à segurança jurídica, como contribuiu para que o direito brasileiro caminhasse em direção ao estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, almejado pelo referido princípio.

6.3 Considerações conclusivas do capítulo

Com o presente capítulo, buscou-se colocar à prova a tese defendida neste trabalho, de que a aplicação da doutrina do *stare decisis* no Brasil é uma exigência do princípio constitucional da segurança jurídica. Em nosso entendimento, os casos concretos (da progressividade em impostos reais e da tributação de *softwares*) de mudança jurisprudencial em matéria tributária selecionados para análise comprovam o acerto da tese.

O primeiro caso, da progressividade em impostos reais, comprova que a não aplicação da doutrina no *stare decisis* causou efeitos contrários ao estado ideal de coisas almejado pelo princípio constitucional da segurança jurídica. A análise da mudança da jurisprudência do STF a respeito do assunto revela que a desvinculação injustificada do STF em relação aos seus próprios precedentes representa ao desprestígio do princípio constitucional da segurança jurídica pelo STF em todos os seus três aspectos: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

A reabertura do STF às hipóteses interpretativas fechadas nos casos precedentes mostrou-se contrária ao estado ideal de cognoscibilidade porque tornou o direito material e intelectualmente menos cognoscível ao cidadão, eis que reabriu dúvidas quanto ao conteúdo normativo, que já haviam sido extirpadas do ordenamento quando do julgamento dos casos precedentes. Além disso, a desvinculação do STF do que fora decidido de forma precedente, sem uma justificativa válida para tanto, torna o direito menos íntegro e menos coerente.

⁴⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 99-104. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

A desvinculação injustificada do STF de seus precedentes no caso da progressividade fiscal de tributos reais também acabou por caminhar no sentido contrário ao estado ideal de confiabilidade, que requer a estabilidade e a eficácia da jurisprudência. As se desvincular injustificadamente de seus precedentes, o Pleno do STF contribui, a um só tempo, para a instabilidade e para a ineficácia normativa. Não se pode confiar na jurisprudência do STF porque não se tem a segurança de que ela será mantida ou aplicada aos casos futuros.

Da mesma forma, a desvinculação afastou a jurisprudência do STF do estado ideal de calculabilidade almejado pelo princípio constitucional da segurança jurídica, na medida em que se tornou impossível ao cidadão prever, com um grau razoável de certeza, o espectro reduzido de consequências que poderão ser aplicados aos atos por ele praticados, já que se torna impossível saber se as alíquotas dos tributos reais poderão ser progressivas ou não. Ao se ignorar o dever de vinculação, nada impede que a questão jurídica volte a ser analisada no futuro e venha a receber uma solução absolutamente diversa da adotada anteriormente. Tem-se, assim, um grande estímulo à litigiosidade. Se a jurisprudência da mais alta corte pode ser alterada a qualquer momento sem uma justificativa justa, não há motivos para não se contestar a cobrança.

Diante dessas constatações, torna-se possível afirmar que o caso da progressividade dos tributos de natureza real é um exemplo que comprova a tese ora defendida de que a não aplicação da teoria dos precedentes e da doutrina do *stare decisis* cria uma situação de caos normativo, absolutamente contrário ao princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, o caso da tributação dos *softwares* comprova que a aplicação da doutrina no *stare decisis* e da teoria dos precedentes gera um ganho em termos de segurança jurídica, mesmo que se esteja diante de uma mudança jurisprudencial.

Como exposto, os precedentes firmados pelo STF nos anos 1990, que definiram que nas operações com *softwares* de prateleira deveria incidir o ICMS, levaram em conta a realidade social da época. Na compreensão do STF, naquele momento histórico, os *softwares* de prateleira eram mercadorias, eis que comercializados por meio de suportes físicos (disquetes, CDs, DVDs etc.) em lojas varejistas, assim como eram livros, discos ou qualquer outra mercadoria.

A evolução da tecnologia foi mudando, pouco a pouco, essa realidade social. Num primeiro momento, os programas de computador padronizados foram deixando de ser comercializados por intermédio de suportes físicos e passaram a ser comercializados *on-line*, por intermédio da transferência eletrônica de dados. E, num segundo momento, deixaram de ser comercializados como produtos acabados e passaram a se caracterizar mais como um serviço do que como uma mercadoria.

Esses dois “degraus evolutivos” da tecnologia fizeram com que o STF, num primeiro momento, autorizasse a incidência de ICMS sobre os *softwares* “de prateleira” comercializados por meio da transferência eletrônica de dados – ao indeferir a Medida Cautelar na ADI nº 1945⁴¹⁰ – e, num segundo momento, refutasse a incidência do ICMS nesses mesmos softwares – ao julgar o mérito da referida ADI⁴¹¹ – eis que os negócios jurídicos a eles atrelados seriam um pacote de serviços, sujeitos, assim, ao ISS.

Em razão dessa evolução social no campo tecnológico, a manutenção da jurisprudência tal qual firmada nos anos 1990 seria uma atitude que em vez de levar o direito em direção ao estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, o levaria no sentido contrário a ele. Afinal, a manutenção da jurisprudência, neste caso, implicaria a incidência do ICMS sobre uma operação que, atualmente, detém mais características de um serviço do que de uma mercadoria, já que os programas de computador padronizados não são mais um produto acabado. Atualmente, eles são um verdadeiro pacote de serviços, prestado durante a vigência do contrato de uso do programa.

Parece-nos, assim, que esses dois casos são a prova de que a tese ora defendida – de que o princípio da segurança jurídica exige a aplicação da doutrina do *stare decisis* em matéria tributária – se sustenta. No caso da progressividade de impostos reais, essa doutrina foi ignorada pelo STF, o que ocasionou uma sensível perda de segurança jurídica em matéria tributária no Brasil. Já no caso da tributação dos *softwares* padronizados, a doutrina do *stare decisis* foi respeitada, de modo que, mesmo diante de uma mudança de jurisprudência gerou-se ganhos em termos de segurança jurídica tributária no país.

⁴¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 26 fev. 2022.

⁴¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 26 fev. 2022.

7 CONCLUSÕES

Diante de tudo que foi exposto ao longo desta tese, parece-nos possível concluir que há fundamentos para a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil como meio de concretização do princípio constitucional da segurança jurídica no cenário atual, em que a jurisprudência assumiu um papel de relevância na exteriorização da norma jurídica. Os argumentos que corroboram essa conclusão são os seguintes:

1. A segurança jurídica é um valor caro à sociedade e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, em nível constitucional.
2. A segurança jurídica é, no ordenamento jurídico brasileiro, uma norma jurídica do tipo princípio, que prescreve um comando de otimização que busca um estado ideal de coisas em que o direito seja cognoscível, confiável e calculável. Sendo, portanto, uma norma jurídica vigente no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer ação praticada pelos poderes estatais deve caminhar ao encontro desse estado ideal e nunca no sentido contrário a ele.
3. No atual patamar de desenvolvimento do direito, em que não se admite mais o texto legal como sinônimo de norma jurídica, a jurisprudência ganhou papel de destaque, na medida em que é ela quem se tornou a responsável por revelar, em última instância, qual é o teor da norma jurídica interpretada.
4. Nesse novo cenário jurídico, os mecanismos originalmente previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro (e, em especial, pelo constituinte) para a atribuição de segurança jurídica ao Sistema Tributário Nacional – tais quais o princípio da irretroatividade, da anterioridade e, especialmente, o princípio da legalidade tributária estrita, pautado na determinação conceitual prévia dos elementos da relação jurídica tributária – não se mostram mais suficientes para se chegar a ao objetivo traçado pelo constituinte.
5. Diante dessa constatação, coloca-se o estudioso diante de duas opções. Ou se “reconhece a derrota” e se admite que, no Brasil, é necessário aprender a se conviver com um estado de insegurança jurídica tributária, ou se pensa em mecanismos que permitam a coexistência dos processos argumentativos necessários à construção da norma com o estado ideal de segurança próximo ao planejado pelo constituinte.
6. Parece-nos que a conclusão mais adequada é a segunda: é preciso adequar o direito à realidade, criando-se mecanismos que garantam a segurança jurídica mesmo em um

ambiente em que o processo e a jurisprudência tornaram-se elementos centrais na construção do conteúdo das normas jurídicas.

7. Parece-nos ainda que essa adequação, passa pelo reconhecimento de que para se alcançar os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade almejados pelo princípio da segurança jurídica, a jurisprudência deve ser cognoscível, confiável e calculável. Com efeito, o instrumento encontrado e defendido por esta tese para que a jurisprudência brasileira sobre direito tributário consiga atingir esse estado ideal é a adoção da doutrina do *stare decisis*.
8. A adoção da doutrina do *stare decisis* torna a jurisprudência cognoscível, confiável e calculável porque reconhece que o Poder Judiciário deve seguir seus próprios precedentes, a não ser que estes se revelem socialmente incongruentes ou sistemicamente inconsistentes. Além disso, ela impõe ao Poder Judiciário um complexo encargo argumentativo, que exige a demonstração do desgaste do social ou sistêmico do precedente para justificar eventual desvinculação do que fora decidido anteriormente.
9. Assim, a hipótese de incidência tributária, tal qual interpretada pelo Poder Judiciário depois de realizados processos argumentativos será mantida, a não ser que sobrevenha uma dessas situações excepcionais.
10. Os princípios da segurança jurídica e da legalidade tributária estrita, desse modo, justificam e exigem a aplicação do *stare decisis* no Brasil, *confirmando a hipótese por nós formulada* de que a aplicação da doutrina do *stare decisis* no Brasil poderia resolver, ou ao menos mitigar, o problema da insegurança jurídica em matéria tributária, causada pela instabilidade jurisprudencial.

Vê-se, assim, que há fundamentos para sustentar que o ordenamento jurídico brasileiro não só admite, mas exige a aplicação do *stare decisis* e da teoria dos precedentes como forma de se atribuir segurança jurídica nesse novo cenário jurídico em que a jurisprudência assumiu um papel de preponderância na exteriorização da norma jurídica. Os casos concretos de mudanças jurisprudenciais em matéria tributária analisados no capítulo 6 desta tese corroboram essa conclusão, na medida em que revelam que ao se adotar o *stare decisis* como regra, gera-se ganhos em termos de segurança jurídica. Uma desvinculação imotivada do tribunal aos seus próprios precedentes gera perdas, ao passo que uma desvinculação motivada gera ganhos em termos de segurança jurídica.

É certo, todavia, que o Brasil ainda está aprendendo como trabalhar e como não trabalhar com precedentes, de modo que o *stare decisis*, ainda se revela como um instituto em construção em nosso ordenamento jurídico. Tanto é que a despeito de todos os argumentos que sustentam a aplicação do instituto, apresentados ao longo desta tese, há pronunciamento recente da 3ª Seção do STJ⁴¹², explorado no Capítulo 4, afirmando expressamente que o *stare decisis* não é aplicável no Brasil, inexistindo, assim, dever de vinculação horizontal dos tribunais aos seus próprios precedentes. Da mesma forma, como também foi demonstrado no Capítulo 4, apenas uma minoria dos integrantes da atual composição do STF considera o *stare decisis* aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, com a presente tese, esperamos contribuir com a discussão, fornecendo argumentos que levem à aplicação da teoria dos precedentes e da doutrina do *stare decisis* no Brasil, em especial, por nossos tribunais superiores. Em nosso entendimento, essa é uma medida que se impõe para que haja segurança jurídica em matéria tributária no Brasil.

⁴¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 1920. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 85-119).

ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press, 1927. p. 124-125. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.13911/page/n164/mode/2up>. Acesso em: 14 ago. 2021.

ARAÚJO, Guilherme Peloso. *O sistema judiciário brasileiro e seus efeitos no âmbito do direito tributário: um caso concreto*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Londres: John Murray, 1832. Disponível em: <https://archive.org/details/provincejurispr02austgoog/page/n5/mode/2up?view=theater>. Acesso em: 18 set. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANKOWSKI, Zenon; *et al.* Rationales for precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (Coords.). *Interpreting precedents*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation In: _____.
MILL John Stuart. *The utilitarians*: Nova Iorque: Dolphin Books, 1961. Disponível em:
<https://archive.org/details/utilitarians00bent/page/n3/mode/2up>. Acesso em: 18 set. 2021.

BLOM-COOPER, Louis Jacques. 1966 and all that: the story of the Practice Statement In: _____.
DICKSON, Brice. DREWRY, Gavin (Org.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*.
Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. Disponível em:
https://books.google.com.br/books?id=HnS7BxLJ9DcC&pg=PA130&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true. Acesso em: 28 jul. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, 1989.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1088045/RJ*.
Relator Min. Massami Uyeda. Redator do acórdão Min. Sidnei Beneti, 22 de setembro de 2009.
Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802060120&dt_publicacao=23/10/2009. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial nº 1211481/SP*.
Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Redator do acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, 11 de
outubro de 2013. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001561850&dt_publicacao=15/04/2014. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial nº 1128170/PR*.
Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Redator do acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, 20 de
março de 2014. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901140257&dt_publicacao=02/09/2014. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1871695/RO*.
Relator Min. Ribeiro Dantas, 04 de maio de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000954433&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1853580/SC*.
Relator Min. Ribeiro Dantas, 14 de abril de 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903736298&dt_publicacao=19/04/2021. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min.
Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Petição nº 12344/DF*. Relator Min. Og Fernandes, 28 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802308035&dt_publicacao=13/11/2020. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132*. Relator Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 343446, Rel. Ministro Carlos Veloso, 20 de março de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 85.185*. Relator Min. Cezar Peluzo, 10 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 691*. 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 370682*. Relator Min. Gilmar Mendes, 25 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503002>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 655265*. Relator Min. Luiz Fux. Redator do Acórdão Min. Edson Fachin, 13 de abril de 2016. p. 545-546. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 152752*. Relator Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus nº 139663*. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, 06 de novembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748971117>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1233470*. Relator Min. Gilmar Mendes, 06 de dezembro de 2019. Disponível

em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751968790>.
Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1217425*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752114877>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 152919*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751677082>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 172163*. Relator Min. Gilmar Mendes, 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753027183>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus nº 142205*. Relator Min. Gilmar Mendes, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753982192>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1153991*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753928593>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo de Instrumento nº 179560*. Relator Min. Celso de Mello, 23 de abril de 1996. p.2 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=281493>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 153.771/MG*. Relator Min. Carlos Veloso. Redator do acórdão Min. Moreira Alves, 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 204.827/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 11 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239562>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 167.654/MG*. Relator Min. Maurício Corrêa. 25 de março de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216747>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 189.824/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 01º de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=282605>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 202.261/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 24 de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=238273>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 194.036/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 24 de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=233723>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 192.737/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 05 de junho de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232948>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 204.666/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 17 de março de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239465>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 228735/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 20 de maio de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252713>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 668*. 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula668/false>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 234.105/SP*. Relator Min. Carlos Veloso. 08 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 227.033/SP*. Relator Min. Moreira Alves. 10 de agosto de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251996>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 456.768/MG*. Relator Min. Joaquim Barbosa. 14 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615252>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 346.829/MG*. Relator Min. Marco Aurélio. 08 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619975>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 826.208/RS*. Relator Min. Joaquim Barbosa. 15 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621254>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 656*. 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula656/false>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 562.045/RS*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Cármen Lúcia. 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Súmula nº 668*. 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula668/false>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 586.693/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. 26 de junho de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547409>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 153.771/MG*. Relator Min. Carlos Veloso. Redator do acórdão Min. Moreira Alves, 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 234.105/SP*. Relator Min. Carlos Veloso. 08 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 176.626/SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. 10 de novembro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 199.464/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. 02 de março de 1999. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236681>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relator Min. Octavio Gallotti. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. 26 de maio de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>. Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285.870/SP*. Relator Min. Eros Grau. 17 de junho de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539219>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945*. Relatora Min. Carmen Lucia. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. p. 30 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 714.139/SC*. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Dias Toffoli, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>. Acesso em: 23 set. 2022.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *In* Stanford Law Review. Stanford: Stanford University, 1994, v. 46, n 4.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. _____. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DOMINGUES, José Marcos. Legalidade tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. Disponível em: <https://archive.org/details/natureofcommonla00eise/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 27 jul. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597008418/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!4/34/1:3%5BF43%2C6t%5D>. Acesso em: 11 dez. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 56, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GODOI, Marciano Seabra de. O que e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. Três papéis da legalidade tributária In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. Londres: Andrew Crooke, 1651. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/gu003207.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

HOLMES JUNIOR. Oliver Wendell. *The path of the law*. The Floating Press, 2009.

KALINOWSKI, Georges. *Filosofia y lógica de la interpretación en derecho*, trad. Carlos Massini et al. Buenos Aires: Ablero-Perrot, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LILE, William Minor. Some Views on the rule of stare decisis. *Virginia Law Review*. v. 4. p.95-113. nov. 1916. Disponível em: <https://archive.org/details/jstor-1063617/page/n3/mode/1up>. Acesso em: 26 jun. 2021.

LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna. *Brazilian tax law and the principle of legality*. São Paulo: Claris, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Dialética, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

MARYMANN, John Herry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MASSINI, Carlos. La interpretación jurídica como interpretación práctica. *Persona y Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, n. 52, p. 413-443, jan/jun. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. Saraiva Educação, 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antonio. _____. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PATERSON, Alan. The law lords, 1982, p. 156-157 apud ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan and Co., 1896. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924018009542/page/n322/mode/1up>. Acesso em: 24 jul. 2021.

POLLOCK, Frederick. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. 4. ed. Londres: MacMillan and Co., 1918. Disponível em: <https://archive.org/details/firstbookofjuris00poll/page/330/mode/1up>. Acesso em: 26 jul. 2021.

POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. *Columbia Law Review*. v. 8, n. 8, p. 605, dez. 1908. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1108954>. Acesso em: 24 jul. 2021.

PUGLIESI, Marcio. Aquisição de sentido: questões de hermenêutica. *Revista do TRF3*. São Paulo, n. 118, p. 45-66, jul/set. 2013.

PUGLIESI, Marcio, *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *The Supreme Court*. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>. Acesso em: 18 set. 2021.

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Practice Statement (Judicial Precedent)*, Lord Chancellor (Lord Gardner) 26 de julho 1966 Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Legalidade tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: _____. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCHA, Sérgio André. *Da lei à decisão: a segurança jurídica possível na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SEIXAS FIHLO, Aurélio Pitanga. Legalidade e tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SPRINGS, James F. HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of the U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4. (Nov., 2001). Disponível em: www.jstor.org/stable/2691808. Acesso em: 28 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: _____. ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TASSARA, Andrés Ollero. *Genética, el individuo y la familia*, 3ª Conferência Quadrilateral, Lisboa.

TIPKE, Klaus. LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Frabis, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004. v.2.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ZANETI JR. Hermes. COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? Convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In STRECK, Lenio Luiz. ARRUDA ALVIM, Eduardo. LEITE, George Salomão (coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 4. ed. Londres, Dublin, Edimburgo: Butterworths, 1994. Disponível em: <https://archive.org/details/lawmakingprocess00zand/page/n5/mode/1up>. Acesso em: 28 jul. 2021.

ZILVETI, Fernando Aurélio. *Obrigação tributária: fato gerador e tipo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.