

O STARE DECISIS NO BRASIL: ANÁLISE DO RE 572.762/SC E SUAS REPERCUSSÕES NO ICMS

STARE DECISIS IN BRAZIL: ANALYSIS OF RE 572.762/SC AND ITS REPERCUSSIONS ON THE ICMS

Filipe Lôbo Gomes¹
Maria Raquel Firmino Ramos²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Precedente judicial no direito brasileiro e os conceitos essenciais da teoria do *stare decisis* no *Common Law*. 2 A doutrina do *stare decisis* e o novo Código de Processo Civil: a consideração do precedente como fonte do direito e a sistematização de sua eficácia temporal. 3 Análise do *leading case* RE 572.762/SC como fonte do direito e sua eficácia temporal. Considerações finais. Referências.

Resumo: No presente artigo pretendemos analisar os elementos fundamentais do *civil law* e do *common law* para, a partir disso, compreendermos como a adoção do precedente no Brasil tem ocorrido e, se a par da legislação existente e do novo código de processo civil, recém-promulgado, é possível estabelecer uma doutrina do *stare decisis* brasileira. Ademais, utilizamos a última decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC do STF, que trata da repartição da receita do ICMS, a fim de verificar a possibilidade de esta decisão se firmar como um precedente judicial.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Teoria dos Precedentes Judicial. Novo Código de Processo Civil. Decisões em matéria tributária. Competência tributária.

Abstract: In this article, we intend to analyze the fundamental elements of civil law and common law, and, from that, understand how the adoption of precedents in Brazil has occurred. We also analyze and if the existing legislation, including the promulgated new civil procedure code, so that we could establish a Brazilian doctrine of *stare decisis*. Moreover, we use the latest decision given in the records of RE 572,762/SC Supreme Court, which deals with the distribution of the ICMS revenue in order to verify the possibility of this decision to establish itself as a judicial precedent.

¹ Doutor em Estado, Regulação e Tributação Indutora pela UFPE e Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela UFAL. Procurador Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Professor do CESMAC. Pesquisador Coordenador do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas. Possui uma organização legislativa, um livro, diversas produções técnicas e arquivos publicados. E-mail: filipelobo@uol.com.br

² Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas e Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogada. Professora do Curso de Direito do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas. E-mail: mraquelfirmino@gmail.com.

Keywords: Civil Procedure Law. Precedent Theory. New Civil Procedure Code. Decisions in Tax Subjects. Tax Competence.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito processual, como um instrumento de conhecimento da verdade jurídica, intenta garantir ao jurisdicionado que bate à porta do judiciário, que este lhe diga o justo. O justo, por sua vez, não obstante há quem creia no pensamento apodítico, pode ser compreendido como a uma resolução definitiva da querela discutida no procedimento (FOULCAULT, 2003).

Para Marinoni, o direito a um processo justo é uma cláusula geral, que, por ser principiológica e, por isso, teleológica, necessita ser compreendido sempre por meio de um caso concreto (MARINONI, 2010, *passim*).

O devido processual, por sua vez, é o direito basilar para que se garanta a justiça no processo. Satisfaz a máxima da efetividade da jurisdição. Porque não basta a inafastabilidade da jurisdição, necessita-se de uma resposta satisfatória, efetiva ao jurisdicionado. E por esse caminho iremos pensar o instituto do precedente judicial. Este instituto típico do *common law*, pode-se dizer, foi conquistando espaço no direito processual brasileiro, que até então tinha predominância da influência do *civil law*.

O precedente foi introduzido no Brasil por meio de alguns dispositivos que estabeleciam as decisões vinculantes, e, ao longo dos anos, essa tradição foi fortalecida pela prática processual, nas decisões realizadas em repercussão geral e demandas repetitivas.

Com a constitucionalização do direito, o processo civil foi extremamente influenciado pelas normas constitucionais, de sorte que vários preceitos próprios do direito processual foram inseridos no texto da Lei Maior. A segurança jurídica e isonomia, por exemplo, apesar de vincularem todos os demais subsistemas jurídicos exerce grande influência na elaboração das leis processuais, bem como na sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Os precedentes, portanto, foram a maneira como o legislador ordinário tem tentado efetivar esses preceitos constitucionais. Por ser relativamente recente, não se enxerga uma sólida doutrina do *stare decisis* no nosso sistema. Mesmo porque para alguns autores sequer pode-se atribuir ao precedente brasileiro o papel de fonte do direito, tal como ocorre na tradição do *common law*.

No entanto, como veremos, o papel do precedente como fonte do direito está se estabelecendo com bastante força no sistema brasileiro. Com isso, surgem diversos questionamentos acerca de uma das mais (senão a mais) importantes consequências da adoção dos precedentes: a eficácia temporal. Dentre a doutrina, a inovadora classificação dos tipos de precedentes e da eficácia atribuída a estes realizada por Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, pretende construir uma teoria de precedentes no Brasil a fim de garantir que o fortalecimento do precedente brasileiro não esteja alheio a uma teoria, haja vista que sem esta o seu papel de

persecução da segurança jurídica e dos demais preceitos derivados desta seriam inócuos.

Diante disso, utilizamos a última decisão no RE 762.562 SC a fim de verificar a possibilidade de este se estabelecer como precedente vinculante e, nesse caso, como seria a eficácia temporal atribuída a ele.

1 PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E OS CONCEITOS ESSENCIAIS DA TEORIA DO *STARE DECISIS* NO *COMMON LAW*

A constitucionalização dos direitos, fenômeno jurídico que elevou as normas constitucionais ao patamar de centralidade no sistema jurídico, vinculou a aplicação das leis infraconstitucionais à observância dos preceitos constitucionais. Desses podemos citar os deveres processuais de solidariedade e cooperação entre as partes para a obtenção da efetividade jurisdicional. Esses deveres se referem não somente às partes que se rivalizam no litígio, mas se direciona também ao magistrado, quando, por exemplo, impõe a este o dever da fundamentação, o qual discorreremos mais adiante (MIRANDA, 2012, p. 233-240).

Frente a essa nova dinâmica de compreender e aplicar o direito, o sistema jurídico brasileiro apresenta um pendor cada vez maior para o fortalecimento e valorização dos precedentes. No entanto, antes de compreender como isso tem ocorrido no Brasil, é importante entender a essencialidade desse instituto jurídico a partir de sua origem.

Essa introdução, não obstante a sua importância para compreender o presente estudo, não possui o condão de dissertar com profundidade sobre o desenvolvimento histórico desse instituto típico do *common law*. Pretende, sim, elencar os principais conceitos dessa técnica jurídica tratados pela doutrina a fim de melhor compreender a tese ora levantada.

Pois bem, Marinoni faz uma digressão acerca das tradições jurídicas francesa e inglesa. A primeira, por razões político-sociais, sobretudo por causa da Revolução Francesa e sua desconfiança nos juízes, era baseada na *civil law* e pregava que o juiz era apenas a boca da lei (*la bouche de la loi*). Por essa razão os defensores dessa corrente acreditavam que o juiz apenas declarava a lei (MARINONI, 2010, p. 25).

A tradição jurídica inglesa, desde o século XIII, já possuía o costume de criar decisões como parâmetros para os demais julgadores, porém, inicialmente, não havia vinculação. Paulatinamente, o direito e a doutrina foram aderindo ao caráter vinculativo dessas decisões, sendo possível visualizar uma posição mais definitiva nesse sentido entre os séculos XVII e XVIII. É somente a partir do século XIX que surge uma doutrina do *stare decisis* (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 209). Foi dessa forma que o *common law*, a partir da doutrina do *stare decisis*, obrigou os juízes às decisões prolatadas pelos tribunais, tanto do ponto de vista vertical (vinculando os

juízes de tribunais inferiores), como do horizontal (vinculando os juízes de mesma hierarquia).

Pode-se afirmar que esse foi o modo que o direito costumeiro inglês encontrou para estabilizar as prescrições jurídicas, já que essas eram esparsas, elevando a eficácia das decisões a grau semelhante, ou mesmo idêntica, à eficácia conferida à lei no *civil law*.

Apesar de essa tradição dos precedentes ter origem no direito inglês, “[...] as regras e princípios que regulam o uso de precedentes e o seu status de ‘lei’ é relativamente moderno [...]”. E a ideia da obrigatoriedade dos precedentes é ainda mais recente e, por consequência, se reflete na teoria dos precedentes (MARINONI, 2010, p. 33-34).

Convém perceber que os ideais de segurança e previsibilidade são buscados por ambos os sistemas. No *civil law* acreditava-se que esses ideais seriam alcançados mediante a estrita aplicação da lei pelos juízes, enquanto no *common law*, que não negava o poder de interpretação da lei por parte do magistrado, a segurança e a previsibilidade das decisões se efetivavam por meio da força vinculante dos precedentes (MARINONI, 2010, p. 63).

Para Marinoni, não há como ignorar o fato de que em ambos os sistemas a mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por isso, distintas decisões jurídicas em casos muito semelhantes. Dessa forma, o autor conclui que o sistema de precedentes é indispensável na jurisdição contemporânea, pois permite um maior grau de previsibilidade às partes, sendo ainda mais visível quanto aos casos em que o juiz se depara com conceitos indeterminados (MARINONI, 2010, p. 88).

No entendimento de Didier Jr., Braga e Oliveira, a utilização do precedente é uma realidade inerente às tradições jurídicas inglesas e também às francesas, distinguindo-se apenas no grau de eficácia (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 348).

No Brasil, é possível verificar características de ambos os sistemas, haja vista existem no nosso ordenamento decisões que vinculam os demais magistrados – os chamados precedentes vinculantes (*binding precedentes*) –; enquanto há outras que conferem uma força persuasiva – precedentes persuasivos (*persuasive precedentes*) –, que, apesar de não vincularem os magistrados, atuam na prática com forte argumentação para a decisão do caso concreto. Assim, há, conforme Didier Jr., Braga e Oliveira, vários exemplos da influência dos precedentes no ordenamento brasileiro, podendo-se citar alguns, a saber: a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e Lei Federal n. 11.417/2006); o valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, entre outros, do CPC), a possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 348).

No Brasil, porém, a força vinculativa do precedente não é atribuída a qualquer decisão proferida pelos tribunais (sejam superiores ou regionais), vincula o julgador quando a lei assim o define. Por esse motivo, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e

Tárek Mouysés Moussallem não considerarem a jurisprudência como fonte do direito, haja vista não haver força vinculativa, apenas daquelas em que decorre de lei (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

Cabe acrescentar que esse último autor citado considera que a jurisprudência (seja esta considerada no sentido de decisão judicial ou significando várias decisões judiciais) é uma *fonte psicológica do direito* e não uma *fonte dogmática do direito* (quando há vinculação), pois apenas confere uma ferramenta para facilitar o possível convencimento do juiz sobre as teses esboçadas pelo procurador (MOUSSALLEM, 2006, p. 147-150).

Tércio Sampaio Ferraz Jr., semelhantemente, considera que somente a tradição anglo-saxônica atribui ao precedente o papel de fonte do direito, pois somente nesse sistema se reconhece a força vinculativa dos precedentes. A partir disso, o autor elenca os principais fundamentos desenvolvidos pela doutrina do *stare decisis*, quais sejam: a existência do *binding precedents* vertical e horizontal; as decisões de quaisquer tribunais são consideradas fortes argumentos para os demais juízes; a parte vinculante do precedente é *ratio decidendi*; o precedente nunca perde sua vigência (exceto nos casos de *overruling* e *overrinding*).

A crescente valorização do precedente no Brasil, como já mencionado, não permite igualar a mesma importância e eficácia conferida no *common law* a esta técnica. E isso pode ser facilmente percebido desde a simples construção da atividade judicial, com a escolha do juiz que, nessa tradição, desde a Idade Média, é realizada por meio da escolha entre os advogados. Esse juiz do direito costumeiro poderia julgar inclusive *contra legem* (contra os *statutes*), pois possuía o poder de julgar conforme a equidade (*equity*) (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

Na tradição romanística, de outro modo, a atividade de decisão judicial estava veementemente ligada à lei. Tanto que no *Codex* da época de Justiniano havia expressa vedação de decidir conforme o precedente (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex*, 7, 45, 13). E isso era justificado, comparativamente, porque, para o direito romano a lei alcançou a preeminência nunca conseguida pelo direito costumeiro anglo-saxônico, muito embora houvesse os *statutes*. Muitos séculos depois, essa preeminência da lei foi realçada com a Revolução Francesa, quando houve maior limitação do poder do juiz. A função da magistratura era vista como um resquício do Antigo Regime (ou *Ancien Régime*). Por isso a limitação do seu poder fora amplamente seguido pelo direito e pela doutrina, no sentido de que a atividade do juiz era aplicar o código, nada mais (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

Na tradição portuguesa, já com as Ordenações Afonsinas (1446-1447) havia o instituto denominado *estilo da Corte* que consistia na forma de resolução dos conflitos pelos tribunais, o que, mais tarde, passou a ser chamado de jurisprudência dos tribunais superiores. A partir da Lei da Boa Razão (1769), as querelas deveriam ser dirimidas pela lei e pelos estilos fixados nos Assentos da Casa de Suplicação, os quais, por ordem de Dom Manoel, deveriam ser resultados das decisões dos desembargadores, possuindo força vinculativa (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

A principal distinção entre o sistema romanístico e o anglo-saxônico se refere ao fato de que nem as decisões dos tribunais superiores nem as decisões de

mesmo tribunal vinculam as decisões dos juízes, que possuem liberdade de convencimento, por causa do princípio da independência da magistratura judicial. Por isso, nega-se o caráter de fonte de direito à jurisprudência. Entretanto, o professor paulista acrescenta que não se pode negar o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito, podendo-se considerar, no caso brasileiro, a formação da interpretação uniforme e da jurisprudência pacífica. Essas muitas vezes não obrigam o magistrado a segui-las, mas acabam por prevalecer. Ademais, o juiz ainda possui o poder de decidir *praeter legem* para suprir lacunas legais (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

A tendência de fortalecimento desse costume de precedentes no Brasil, já observadas acima, como é o caso da uniformização da jurisprudência, com força de lei, e das súmulas dos tribunais superiores (artigos 476 e 479), cujo não acatamento por parte do juiz pode causar a negação ao seguimento processual, não permite afirmar que há uma doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico, pois estas decisões não possuem a eficácia conferida ao precedente anglo-saxônico (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

Há de se considerar no direito brasileiro a existência das decisões em seara trabalhista que permitem ao juiz a resolução *contra legem*, e, portanto, origina normas gerais, com base na equidade (*equity*). Dessa forma, pode ser considerada fonte do direito. Esse tipo de solução –conforme a equidade – advém da ideia aristotélica de justiça do caso concreto, a qual pode ser alcançada por meio da “consideração harmônica das circunstâncias concretas”. Segue, assim, o brocardo romano *summum jus summa injuria*. A solução de acordo com a equidade não se opunha à justiça, ao contrário, a completaria (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 213).

Por fim, podemos considerar que o sistema jurídico brasileiro, marcadamente influenciado pela tradição do *civil law*, já apresentava desde o seu nascedouro, a partir das legislações portuguesas, alguns institutos semelhantes ao precedente no *common law*. Foi, no entanto, conforme Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., há cerca de vinte anos que o Brasil vem caminhando para formar um sistema de precedentes. Isso é perceptível desde o ano de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.038, a partir da adoção de decisões vinculantes, quando em sede de RESP e RE, no STJ e STF, o julgador poderia decidir monocraticamente acórdãos que contrariasse decisões dessas Cortes. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 03/1993 atribuiu efeitos vinculantes à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Isso se deve à necessidade vislumbrada pelo legislador em conferir maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia às demandas judiciais, sobretudo àquelas que discutem direitos que extrapolam os limites do espaço subjetivo (ATAÍDE JR., 2012, p. 362). Basta saber, a partir de então, alguns pontos dessa questão de que dispõe o novo código.

2 A DOCTRINA DO STARE DECISIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CONSIDERAÇÃO DO PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO E A SISTEMATIZAÇÃO DE SUA EFICÁCIA TEMPORAL

A influência da doutrina do precedente vinculante, conforme já apreciamos, apesar de sua recente inserção na legislação nacional, deu indícios de ser utilizada desde as antigas legislações portuguesas, demonstrando certa tendência à valorização de decisões de tribunais, mas sem que estas apresentassem força vinculativa perante outros tribunais e juízes.

O paulatino fortalecimento do precedente no ordenamento brasileiro vem tentar responder, sobretudo, à procura por segurança jurídica, a qual sempre fora o ideal a ser buscado tanto pela tradição jurídica romanística como pela anglo-saxônica. Ademais, com a constitucionalização dos direitos alguns comandos tipicamente processuais foram inseridos no texto constitucional. Isso também contribuiu para que o legislador ordinário elaborasse normas em atendimento, por exemplo, à celeridade processual, colaboração das partes no processo, boa-fé processual.

Diante das características da doutrina do precedente no *common law*, resta saber se a partir da legislação atual e do recém-aprovado Código de Processo Civil, é possível construir uma doutrina do *stare decisis* no Brasil.

Com relação à crítica tecida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Tárek Moysés Moussallem, em relação a considerar o precedente como fonte do direito, podemos perceber que há uma tendência cada vez maior que a lei e a doutrina construam uma espécie de *stare decisis* à brasileira. Isso porque, como veremos a seguir, é possível identificar no ordenamento brasileiro o fortalecimento dos precedentes vinculantes, inclusive daqueles que inovam a ordem jurídica. Por isso, confere ao precedente o *status* de fonte de direito. Ademais, no terceiro tópico deste trabalho discorreremos sobre essa afirmação a partir da decisão do STF sobre a repartição de receita tributária que, julgando *contra legem*, visa modificar o instituto da competência tributária tal como até hoje se construiu legal e doutrinariamente.

Nesse sentido, a novel legislação processual evidencia a importância dos precedentes vinculantes realizados tanto pelos tribunais superiores quanto pelos tribunais ordinários. Aproxima-se, assim, cada vez mais da tradição do *common law*, por meio do fortalecimento das decisões dos tribunais superiores e da importância da elaboração, assim que possível, de súmulas (LEITE, 2015, p. 15-17).

Pois bem, com o fim de atribuir maior segurança jurídica, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior defende a adoção do precedente vinculante no Brasil, haja vista considera mais seguro para a sociedade traçar suas condutas diante de leis previamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais através da jurisprudência. No entanto, conforme o autor, é importante sistematizar a eficácia temporal dos precedentes para evitar insegurança e ofensa às relações jurídicas consolidadas e à coisa julgada. Isso é mais perceptível quando um precedente inova a ordem jurídica, seja apontando novo entendimento de norma sobre a questão de direito ou sobre orientação dissonante da anterior (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 159).

A eficácia dos precedentes nos casos de *overruling* e *overrinding* é um dos principais problemas que enfrenta a doutrina do *stare decisis*, haja vista que essas modificações podem provocar efeitos sobre a coisa jurídica e os atos pendentes de julgamento. Muito mais a doutrina brasileira que ainda não possui uma construção consolidada nesse sentido.

Por isso, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior afirmar que quando houver um dos fenômenos de modificação do precedente, o magistrado deve considerar o preceito constitucional da segurança jurídica do qual se derivam a previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança diante das situações concretas, proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) e a irretroatividade da norma jurídica (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 367).

Nesse sentido, aponta o autor, o novo Código de Processo Civil prescreve, em seu artigo 882, V, sobre a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões dos tribunais superiores quando houver alteração de sua jurisprudência dominante (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 370). Isso demonstra que o novo diploma legal vem melhor disciplinar a eficácia temporal dos precedentes. Assim, as normas jurídicas prescritas na nova lei permitem apontar a existência de possíveis efeitos temporais dos precedentes, bem como a possibilidade de classificar os precedentes dos tribunais superiores.

Em obra paradigmática sobre o tema, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior aprofunda o tema e propõe uma sistematização da eficácia temporal dos precedentes no Brasil. Para isso, o autor argúi que há, *lato sensu*, a eficácia retroativa e a prospectiva quando surge um novo precedente. A partir disso, realiza uma análise mais acurada da doutrina e da prática dos tribunais ingleses e estadunidenses, tipificando os efeitos temporais do novo precedente em: a) *aplicação retroativa pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação plenamente retroativa de Pomorski, ou melhor, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos acontecidos antes e depois do seu surgimento, inclusive, àqueles, já transitados em julgado; b) *aplicação retroativa clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação retroativa limitada de Pomorski, isto é, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos ocorridos antes de ela ter sido criada (por exemplo, às ações em curso), ressaltando apenas os casos que já tiveram sentença passada em julgado; c) *aplicação prospectiva pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva de Sesma, qual seja, quando o tribunal aplica o novo precedente apenas para regular as condutas que ocorreram depois do seu surgimento, inclusive, com relação ao caso em julgamento; d) *aplicação prospectiva clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva regular de Pomorski, de acordo com a qual, o tribunal não aplica o novo precedente a fatos passados (por exemplo, às ações em curso), exceto aos fatos do caso concreto em julgamento que são afetados pela nova regra; e e) *aplicação prospectiva a termo*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva-prospectiva de Sesma, segundo a qual, o tribunal, ao criar o novo precedente, dispõe que o mesmo deve ser aplicado apenas a partir de uma determinada data futura (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 166).

Antes de adentrar especificamente nesse aspecto eficazial, é importante distinguir a norma individual da norma geral (*ratio decidendi*) que compõem o precedente. Esta última, por conferir uma prescrição jurídica geral a sua eficácia

deve atender ao princípio da irretroatividade. Já a norma individual, por tratar de fatos pretéritos deve observância da eficácia *inter partes*, retroagindo sobre fatos pretéritos.

Além de adotar os tipos de eficácia temporal como parâmetro, o autor também classifica os tipos de precedentes em: *novo precedente em sentido não surpreendente* àqueles que ratificam julgados de tribunais inferiores; *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* – nesse caso há inovação, pois o STF ou STJ vai decidir *leading case* sobre questão com um novo entendimento, surpreendendo a comunidade jurídica, a doutrina e os advogados; e o *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* – é aquele em que o tribunal superior altera ou revoga (*overruling* e *overriding*) seu próprio entendimento sobre questão de direito (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 166-170).

A partir da classificação da eficácia temporal acima esboçada e da classificação dos tipos de precedentes existentes no Brasil, o autor, após analisar criticamente a maneira como a lei e os tribunais superiores têm atribuído eficácia aos precedentes, sugere sensível alteração.

Dessa forma, argüi que o *novo precedente em sentido não surpreendente*, seja este advindo do STF ou do STJ, pode ser atribuído até o *efeito retroativo puro*, permitindo-se o manejo de ação rescisória (art. 966, V, CPC) a fim de desconstituir coisa julgada formada em sentido contrário ao *leading case* desses tribunais, bem como o manejo da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, III, § 12, CPC); no *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* poderia atribuir o *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, caso os tribunais superiores constatem que a partir dos elementos fáticos e normativos presentes no procedimento os tribunais inferiores poderiam chegar à mesma conclusão. Caso contrário, o precedente gozaria de *efeito retroativo (clássico ou puro)*. Já o *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, caberia a atribuição do *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, exceto quando o novo entendimento deriva de modificação normativa e se possa precisar a perda da credibilidade da jurisprudência anterior a formação do precedente, quando, neste caso, estaria autorizada a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até o *efeito retroativo puro*.

Vale observar ainda que nos casos de aplicação do *efeito prospectivo (clássico ou puro)* no *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e no *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, a nova norma repercutirá imediatamente sobre as relações jurídicas permanentes ou sucessivas. Outrossim, o *efeito prospectivo a termo* está mais propenso à jurisdição constitucional, tal como observada na modulação dos efeitos, sobretudo nos casos de inconstitucionalidade de lei sem declaração de nulidade; também, quando, mesmo em matéria infraconstitucional, o STJ perceber que a nova norma exigirá um tempo para a sociedade se adaptar a mudança (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 398-407).

3 ANÁLISE DO LEADING CASE RE 572.762/SC COMO FONTE DO DIREITO E SUA EFICÁCIA TEMPORAL

A partir da tentativa de construir uma doutrina brasileira do *stare decisis*, conforme esboçamos acima, passamos a tecer observações acerca da decisão exarada no Recurso Extraordinário 572.762/SC, com repercussão geral reconhecida. Dessa forma, tendo em vista já ter havido o trânsito em julgado da respectiva decisão, discorreremos sobre o modo como esse precedente se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro e qual a eficácia temporal que lhe deve ser atribuída.

Inicialmente, antes de adentrar no aspecto processual, é necessário compreender a matéria esboçada no procedimento já mencionado. Assim, o cerne da questão que veicula na demanda se refere à “competência tributária” – expressão tipicamente jurídica, a qual pode ser entendida como a atribuição outorgada constitucionalmente para um ente estatal (dotado de poder legislativo) instituir determinado tributo. No artigo 155, II, a Constituição Federal atribui aos Estados membros e ao Distrito Federal (por exercer competência cumulativa dos Estados-membros e Municípios) a competência para instituir o ICMS. E, logo mais, no seu § 2º estabelece regras gerais a respeito do referido tributo, tais como a não cumulatividade e a facultatividade de utilização do princípio da seletividade (MACHADO, 2009, p. 30).

Nesse talante, cabe analisar a norma contida no § 2º, XII, “g”, do artigo supracitado, haja vista que este artigo estabelece regra distinta, em relação aos demais tributos, no quesito concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS. Na presente regra, como já visto, as benesses fiscais do imposto em tela só podem ser concedidas quando firmadas em convênio mediante deliberação no CONFAZ pelos representantes dos Estados-membros e Distrito Federal.

Percebe-se, com isso, que a Constituição inova em matéria de competência tributária quando se trata da disposição do ICMS. Essa ideia pode ser afirmada porque, via de regra, a competência para instituir o tributo também confere ao ente o poder de dispor sobre a concessão das benesses fiscais. No entanto, em se tratando do imposto em debate, pelo relevo que exerce no cenário nacional e pelo poder arrecadatório que possui, o legislador constituinte estabeleceu normas peculiares para a sua regulamentação. Dentre estas, têm-se a obrigatoriedade de instituir o imposto, pois os Estados-membros não possuem o condão de decidir se querem ou não exercer a competência, devem obrigatoriamente exercê-la, criando-o; não podem unilateralmente conceder benesses fiscais, porquanto apenas mediante convênio firmado entre os Estados-membros podem fazê-lo. Nesse sentido, a norma constitucional atribui ao Poder Executivo o exercício da competência tributária referente à concessão das exonerações fiscais desse tributo nas reuniões do CONFAZ.

Com a guerra fiscal, os Estados-membros concedem essas benesses de forma unilateral em total desrespeito às normas constitucionais e à Lei Complementar nº 24/75, criando um desequilíbrio na federação brasileira. Ademais, o artigo 158, IV, da Constituição Federal estabelece o repasse da percentagem do

referido imposto aos entes municipais. Nesse sentido, a norma constitucional não previu a participação desses últimos entes nas reuniões do CONFAZ, nem limitou a concessão de benefícios fiscais a determinado percentual.

Considerando essas premissas, o STF, na última decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC, entendeu ser inconstitucional a concessão de incentivos fiscais do ICMS sem prévia deliberação no CONFAZ, assim como manda a Lei Maior. Também determinou o repasse integral dos 25% ao Município de Timbó, e não apenas de 6,25% (seis vírgula vinte e cinco por cento) do imposto em comento, como pretendia o Estado de Santa Catarina. A Suprema Corte utilizou esse entendimento baseado em dois fundamentos: o percentual do imposto pertence ao Município e por isso o Estado não pode dispor sobre aquele; e o direito do ente municipal de exercer a autonomia financeira, em consonância com os princípios regentes do federalismo cooperativo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado de Santa Catarina, em contraponto, alegou que o sistema constitucional de repasse tributário não modifica a competência do Estado na instituição do tributo, pois ao Município só pertence a parcela do produto efetivamente arrecadado. E dessa forma, como o produto da arrecadação, no caso concreto, havia sido realizado e repassado ao Município, não havia motivo para a querela.

Para o Relator, a interveniência no repasse da cota cabível ao Município afronta os princípios constitucionais do federalismo cooperativo e a autonomia do ente. E devido a isso, pode ensejar inclusive a intervenção federal, como já elucidado alhures.

Em análise acurada do tema, cabe apurar três pontos principais debatidos no caso. Inicialmente a questão da competência do ente tributante do ICMS, bem como a concessão de benefícios fiscais pelo ente competente e, por último, a participação do Município no federalismo brasileiro.

Como visto acima, a competência tributária em matéria de ICMS deve ser exercida com ressalvas, a exemplo da obrigatoriedade de deliberação no CONFAZ para que o Estado conceda benesse fiscal. Nesse talante, aperceba-se que, quando o Estado concede o benefício fiscal à revelia dos dispostos na Lei Complementar nº 24/75 e do art. 155, §2º, XII, “g”, o Município goza do direito ao repasse da cota do produto da arrecadação. E isso se deve porque, embora não exista receita pública, o imposto deveria ter sido arrecadado, devido à patente ilegalidade na concessão da benesse. Esta, por sua vez, sequer deveria existir, porquanto adentrou inconstitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Já em relação à participação do ente municipal no federalismo brasileiro, pode-se inferir que a Lei Maior inovou ao atribuir ao Município o status de ente federativo, concedendo-lhe os direitos e deveres para o exercício de tal encargo. A pessoa política municipal, por sua vez, necessita de finanças públicas para executar o múnus público. Nesse diapasão, viu-se que a maior fonte de receita pública advém da receita derivada, sobremaneira por meio da arrecadação dos impostos. No entanto, pelas assimetrias constantes no contexto da federação brasileira, a grande maioria dos entes municipais não exerceria a autonomia a partir da arrecadação de

seus próprios tributos, constatação essa acima esboçada. Para sanar os vícios, a Carta Magna apostou na implementação de medidas típicas do federalismo fiscal cooperativo através das transferências do produto da arrecadação dos impostos.

Não obstante essa tentativa de solucionar as disparidades entre os entes federados, o legislador constituinte não cuidou de definir autonomia efetiva para o ente subnacional, nesse caso o Município. Isso é evidenciado pela tendência centralizadora da União e da falta de expressiva representação municipal no contexto federal brasileiro. Essa limitação das municipalidades na federação brasileira afeta diretamente a tentativa de solucionar a discussão sobre o repasse da cota do produto da arrecadação do ICMS. E isso é devido porque a Lei Maior apenas atribui a representação no CONFAZ ao Poder Executivo dos Estados-membros. Diante disso, as deliberações sobre os benefícios fiscais sequer passam pelo crivo dos representantes municipais, demonstrando grave falha, uma vez que teriam direta interveniência nas finanças municipais.

Essa grande ausência de expressividade de representação no contexto federal brasileiro implica no aumento de lides no Poder Judiciário. Não poderia ser diferente, pois esse poder seria o único recurso do ente subnacional municipal para garantir a efetividade do repasse obrigatório aqui tratado. A lacuna legislativa referente a maior participação do Município nas decisões federais configuram grande entrave ao encontro de soluções racionais para esta querela específicas e outras afins, bem como ao próprio aperfeiçoamento do pacto federativo.

Diante de todos os elementos fáticos e jurídicos na lide supramencionada, inferimos que se o STF ratificar essa posição, disposta no RE 572.762/SC, a corte utilizará a equidade (*equity*), e *contra legem* definirá como *ratio decidendi* o dever do Estado, ao exercer sua competência exonerativa do ICMS, restringir o percentual em 75% do tributo. Ou seja, o julgador estará alterando a construção doutrinária, da jurisprudência do tribunal local (de Santa Catarina) e legal de competência tributária, acima esboçada, e no parágrafo único do art. 6º do CTN.³

Podemos inferir, então, em conformidade com a classificação do processualista Jaldemiro Rodrigues Atafé Júnior, se a decisão for confirmada e pacificada, consistirá no equivalente ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, devendo, portanto, quanto à norma geral enunciada (*ratio decidendi*, ou seja, o dever do Estado, ao exercer sua competência exonerativa do ICMS, restringir o percentual em 75% do tributo), ser atribuído o *efeito prospectivo clássico* (efeito *ex nunc*, não alcançando fatos anteriores a formação do precedente). Já quanto à norma individual, que dispõe sobre as partes do processo, a aplicação é imediata.

³ Art. 6º [...] Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos.

Por isso, conforme a doutrina e a legislação atuais é possível perceber que a força do precedente brasileiro caminha muito próximo ao daquele originado no sistema do *common law*. A utilização do Recurso Extraordinário demonstra sobre o poder de o julgador inovar completamente o sistema jurídico, construindo nova norma, inclusive, como visto, *contra legem*. Portanto, o precedente brasileiro se estabelece como fonte do direito, evidenciando a liberdade do julgador de exercer o poder de julgar conforme a equidade, mesmo com a presença de lei disciplinando a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho intentou realizar um paralelo entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Orientado por este elemento, avançou-se sobre a natureza última do processo, como um instrumento adequado para que se alcance a justiça no caso concreto. Contudo, o alcance dessa justiça perpassa por diversos fatores e elementos que aurem suas bases em princípios muito diferentes.

Nesse intento, discorremos, assim, sobre a necessidade de buscar a segurança jurídica presente em ambos os sistemas. Percebemos que, enquanto a tradição romanística buscava na lei a segurança, por outro lado, a tradição anglo-saxônica a buscava por meio do precedente vinculante.

Pontos seguros foram se apresentando por meio da pesquisa empreendida, dentre eles o da constitucionalização dos direitos e a repersonalização dos ramos jurídicos, outrora voltados por um formalismo exacerbado e refratário ao alcance da finalidade última do direito, qual seja a pacificação social e relevo ao homem como fim último dos instrumentos estatais.

No Brasil, apesar da história do direito português utilizar alguns institutos semelhantes ao precedente, somente há cerca de duas décadas a legislação estabeleceu a vinculação de decisões dos tribunais superiores. Com o recém-aprovado código de processo civil, o precedente dá indícios de que será definitivamente enraizado na legislação brasileira. Entretanto, o sistema brasileiro padece de uma madura doutrina do *stare decisis*, sem a qual seria inócua para a finalidade do precedente em garantir a segurança jurídica, que é seu maior objetivo.

Princípios outrora imanentes ao sistema constitucional permeiam a doutrina processual para preconizar a força dos ideais maiores da isonomia, da detida análise do caso e de uma maior publicização, em contraposição a uma formalização inócua do processo, dando primazia ainda aos princípios da cooperação e da solidariedade. Por isso, adotamos a classificação dos precedentes e da sistematização da aplicação da eficácia temporal construídas por Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior para indicar que, embora incipiente, podemos construir a nossa própria doutrina do *stare decisis*.

As orientações formuladas, muito embora ainda em fase de amadurecimento interno, salvaguardam um dos postulados máximos do direito, a segurança jurídica. A delimitação da eficácia temporal e espacial do precedente é ponto fundamental para garantir a eficiência do sistema. É norma de heterocontenção ao intérprete,

porquanto condiciona e antevê os efeitos de sua decisão que podem ir muito além do calor do caso analisado. Assim, ao se pautar pela limitação dos efeitos, tem-se um elemento primordial para dar racionalidade à construção do precedente e evitar os efeitos nocivos de uma inovação na estrutura do sistema, cujos efeitos são de difícil apreciação e concreção.

Por fim, com base nessa teoria, utilizamos a decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC para ilustrar que no atual ordenamento jurídico, e mais ainda depois da promulgação do novo código de processo civil, é possível que haja julgamento *contra legem* no Brasil. Dessa forma, esse poder conferido ao magistrado poderia indicar a nossa aproximação com a tradição do *common law*. Diante disso, conforme a classificação do autor acima mencionado, a referida decisão se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro como um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, devendo-lhe ser atribuído o *efeito prospectivo clássico*.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito), UNICAP, Recife, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 572762, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, Repercussão Geral- Mérito DJe-167, Divulg 04-09-2008, Public 05-09-2008 Ement Vol-02331-04 PP-00737.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. V.2. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FOULCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **O efeito vinculante e o novo código de processo civil**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7d4c8d4fe04d9b4> Acesso em: 20 fev. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Daniel Gomes de. A constitucionalização do processo e o projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 229-255.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

Recebido em 28.04.2017

Aceito em 08.05.2017

