

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Janaína Diniz Ferreira de Andrade

**A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE PROGRESSIVIDADE E IMPOSTOS REAIS
À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Belo Horizonte

2016

Janaína Diniz Ferreira de Andrade

**A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE PROGRESSIVIDADE E IMPOSTOS REAIS
À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A553j Andrade, Janaína Diniz Ferreira de
A jurisprudência do STF sobre progressividade e impostos reais à luz da teoria dos precedentes judiciais / Janaína Diniz Ferreira de Andrade. Belo Horizonte, 2016.
250 f.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito tributário. 2. Jurisprudência. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 4. Capacidade contributiva (Direito tributário). 5. Impostos. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 336.2.022

Janaína Diniz Ferreira de Andrade

**A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE PROGRESSIVIDADE E IMPOSTOS REAIS
À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - PUC Minas (Banca)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo – Universidade Federal do Ceará (Banca)

Prof. Dra. Alessandra Machado Brandão Teixeira – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 10 de março de 2016.

*À minha amada mãe, Marina, o meu “precedente
vinculante de amor e bondade”, e que agora também tem
se mostrado um exemplo de força e resiliência.*

*Ao João, meu melhor companheiro, por abraçar os meus
projetos e sonhos – e também os meus problemas – como
se fossem seus.*

AGRADECIMENTOS

É concluída mais uma etapa, e muito tenho a agradecer. Agradeço inicialmente aos meus amados pais Marina e Júnior, pelo amor dispensado, pelos valores ensinados, por nunca terem medido esforços para alcançarmos os nossos objetivos e por sempre terem priorizado nos garantir uma educação (formal e não formal) de qualidade – motivo pelo qual estou aqui hoje.

Agradeço ao professor Marciano Seabra de Godoi – que antes de ser meu orientador já era para mim uma grande referência acadêmica – pelos ensinamentos, orientações, provocações, e também pela compreensão e paciência.

Agradeço a todos os grandes professores os quais tive a honra e a oportunidade de conhecer ao longo dessa trajetória pelas excelentes discussões, constantes inquietações e sólido aprendizado. Em especial, agradeço ao Prof. Thomas Bustamante pela empolgante disponibilidade em discutir o tema e sanar minhas dúvidas, e aos Professores Flávio Bernardes, Hugo de Brito Machado Segundo e Alessandra Brandão, pela disponibilidade em participar da banca, avaliar o meu trabalho, e fazer enriquecedoras contribuições.

Agradeço também à FUNCESI, não apenas pelo auxílio financeiro fundamental para minha manutenção no curso de mestrado, mas, sobretudo, pela oportunidade de iniciar a carreira docente e ter certeza do caminho que quero seguir.

Agradeço aos colegas de mestrado, de intermináveis debates, de caronas e desabafos, que se tornaram queridos amigos: Pedro Maia, Bárbara Brum, Anna Flávia e Leonardo Alvim; aos colegas de escritório, sobretudo Felipe Mitre, Pedro Mergh e Henrique, pelo suporte e por permitirem a flexibilidade necessária para a concretização desse projeto; e aos meus grandes amigos de Lavras, Ouro Preto e BH, pelo constante apoio.

Não poderia deixar de agradecer aos demais professores que, ao longo da caminhada, me inspiraram com grandes exemplos e de certa forma despertaram o meu interesse pela academia: na graduação, aos Professores Maria Tereza Fonseca Dias e Raphael Frattari, que inspiraram o meu interesse pela pesquisa e pelo Direito Tributário, e continuam sendo importantes referenciais da minha trajetória; e “na vida”, os meus padrinhos Ilda e Adelson, que mesmo não sendo da área jurídica, são para mim grandes referenciais de dedicação, compromisso e empenho à academia.

Agradeço, ainda, aos meus queridos irmãos e grandes companheiros, Xande e Lud, por terem segurado as pontas em casa nas minhas ausências, e pela certeza de que na vida sempre terei com quem contar.

Agradeço a Deus e à espiritualidade protetora, que tanto me auxiliaram a manter a serenidade, o autocontrole e a esperança diante das adversidades enfrentadas.

Por fim, agradeço de forma muito especial ao João, meu maior alicerce e melhor companheiro, pelo amor, carinho e parceria ao longo desses nove anos – e, sobretudo, nesse último ano – pela participação ativa na consecução desse trabalho, pelas discussões, pelas sugestões, pelas intermináveis revisões, e pela fundamental paciência. Amo muito você e, sem o seu apoio, não teria chegado aqui.

“Conceitos teóricos, ou, mais geralmente, a disciplina geral do Direito, pertencem à caixa de ferramentas de todos os juristas. Até o mais prático dos juristas tem de utilizar os conceitos básicos do Direito em seu trabalho. [...] Portanto, se alguém evita conceitos teóricos pela porta da frente, eles imediatamente penetram pela porta dos fundos. Não há jurisdição sem teoria.”
(AARNIO, 1999)

RESUMO

A presente pesquisa busca investigar a construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária à luz de uma teoria normativa dos precedentes judiciais e, fazendo um recorte metodológico, analisa a jurisprudência construída acerca da aplicação do princípio da capacidade econômica aos chamados impostos reais ou, mais especificamente, a aplicação da progressividade aos referidos impostos reais. Para tanto, a pesquisa aborda, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, os processos de construção, aplicação, afastamento e superação dos precedentes, bem como os seus fundamentos teóricos providos pelas teorias normativas do precedente judicial. Mais especificamente, já lastreado pelo arcabouço teórico construído na etapa anterior, o presente estudo analisa se a referida construção jurisprudencial acerca da progressividade dos impostos reais e a posterior "mudança de entendimento" do Supremo Tribunal Federal encontra parâmetros na teoria normativa dos precedentes judiciais adotada. Por fim, analisam-se quais as consequências jurídicas da suposta superação do entendimento anterior, relativamente à progressividade dos impostos reais, também usando como fundamento a referida teoria normativa dos precedentes judiciais, ponderando se as súmulas e demais precedentes formados acerca da matéria permanecem/devem permanecer vigentes no ordenamento.

Palavras-chave: Progressividade. Capacidade Contributiva. Impostos Reais. Precedente. Teoria Normativa.

ABSTRACT

The present research seeks to investigate the construction of the jurisprudence of the Supreme Court in tax matters, based on a normative theory of judicial precedents and, making a methodological cut, specifically analyzes the jurisprudence built on the application of the principle of “economic capacity” to the called “real taxes” or, more specifically, the application progressivity to such "real taxes". For this, the research approaches, through the methodology of bibliographic research, the processes of construction, application, removal and overcoming of precedents, as well as its theoretical foundations provided by normative theories of judicial precedent. More specifically, already supported by the theoretical framework constructed in the previous stage, the present study analyzes whether the aforementioned jurisprudential construction on the progressivity of real taxes and the subsequent "change of understanding" of the Supreme Court finds parameters in the normative theory of judicial precedents adopted. Finally, we analyze the legal consequences of the supposed *overruling* of the previous understanding regarding the progressivity of real taxes, also based on the normative theory of judicial precedents, considering whether the precedents formed about the theme remain / must remain in our legal order.

Keywords: Progressivity . Economic Capacity. Taxes. Precedent. Normative theory.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
IPTU	Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
ITBI	Imposto sobre transmissão de bens imóveis
ITCD	Imposto sobre transmissões <i>causa mortis</i> ou doação
ITR	Imposto sobre Propriedade Territorial Rural
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJPB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2. PRECEDENTE JUDICIAL: DEFINIÇÕES E PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS ..	29
2.1 As tradições jurídicas de <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i> e o movimento de convergência entre elas	30
2.2 Precedente Judicial: conceito e normatividade.....	42
2.2.1. Distinção conceitual: precedente, decisão, jurisprudência, costumes, coisa julgada	42
2.2.2. Força normativa do precedente judicial: precedentes vinculantes x precedentes persuasivos	48
2.3. Elementos do Precedente Judicial: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	59
2.4. A aplicação e a superação dos precedentes	69
2.4.1. <i>Distinguish – a redução teleológica e o argumento a contrário</i>	70
2.4.2. <i>Argumento por analogia e interpretação extensiva</i>	76
2.4.3. <i>A superação de precedente – Overruling</i>	83
3. REALIDADE GLOBAL DO USO DE PRECEDENTES NO DIREITO (TRIBUTÁRIO) BRASILEIRO.....	89
3.1. Histórico: caminhada de valorização dos precedentes no Brasil	89
3.1.2 <i>Nota sobre o novo CPC</i>	105
3.2 Consequências práticas do uso de precedentes no Brasil - Relatório do CNJ: "A Força normativa do direito judicial"	110
3.3. Dados estatísticos e posicionamentos doutrinários em relação ao uso de precedentes em matéria tributária.....	118
4. A PROGRESSIVIDADE FISCAL E OS IMPOSTOS REAIS: PRECEDENTES E DECISÕES PARADIGMÁTICAS ACERCA DA MATÉRIA	127
4.1. Considerações introdutórias necessárias à abordagem do tema.....	127
4.2. Progressividade do IPTU antes da EC 29/2000 - RE 153.771/MG	131
4.2.1. Fatos materiais.....	132
4.2.2. <i>Processo decisório</i>	136
4.2.3. <i>Decisão final e ratio(ne) decidendi extraída(s)</i>	152
4.2.4. <i>Observação de destaque: ADI n. 1982149-77.2000.8.13.0000</i>	157
4.3. Progressividade do ITBI - Súmula 656 do STF (2003)	159
4.3.1 <i>Precedentes de fundamentação da súmula</i>	161
4.3.2 <i>Considerações acerca da norma extraída da Súmula</i>	169
4.4. O diálogo institucional: a Emenda Constitucional n. 29/2000 e as consequências de sua aprovação no entendimento do STF	173
4.4.1. <i>Súmula 668 do STF - Progressividade do IPTU</i>	178
4.4.2. <i>ADI 2732/2002</i>	183
4.4.3. <i>RE 423.768/SP</i>	184
4.4.4. <i>Conclusões parciais</i>	195
5. A "MUDANÇA DE ENTENDIMENTO" DO STF: JULGAMENTO DO RE 562.045/RS.....	199
5.1. Fatos materiais	200
5.2. Análise dos votos: argumentos apresentados pelos julgadores	201
5.2.1. <i>Voto do Ministro Ricardo Lewandowski</i>	201
5.2.2. <i>Voto do Ministro Eros Grau</i>	204

<i>5.2.3. Debate deliberativo e voto do Ministro Menezes Direito</i>	206
<i>5.2.4. Voto da Ministra Carmem Lúcia</i>	208
<i>5.2.5. Suspensão do julgamento e voto-vista do Ministro Ayres Britto</i>	209
<i>5.2.6. Debate colegiado e Voto da Ministra Ellen Gracie</i>	215
<i>5.2.7. Voto do Ministro Marco Aurélio</i>	218
<i>5.2.8. Demais votos</i>	222
5.3. Resultados alcançados após o julgamento: construção de novo entendimento ?	224
6. CONCLUSÃO	229
REFERÊNCIAS	237

1 INTRODUÇÃO

Em que pese as teorias acerca do precedente judicial sejam normalmente associadas aos sistemas jurídicos do *common law*, sobretudo ao sistema jurídico inglês, o fato é que se observa, também nos sistemas jurídicos continentais conhecidos por *civil law*, a força normativa das decisões judiciais.

Na prática jurídica brasileira, o fenômeno de aplicação dos precedentes judiciais é cada vez mais evidente na medida em que, para além da reconhecida – e histórica – aplicação prática, vem também sendo positivado no ordenamento, conforme se verifica mais claramente pela criação de institutos como as súmulas (vinculantes ou não)¹, a técnica chamada Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal², dos Recursos Representativos de Controvérsia no Superior Tribunal de Justiça³ e, ainda mais, pelas previsões do Novo Código de Processo Civil⁴ – recém sancionado em nosso ordenamento, com previsão de entrada em vigor para o próximo ano de 2016 – que atribui expressamente força vinculante ao precedente judicial no direito brasileiro.

Em favor da utilização dos precedentes judiciais como fundamentos para casos futuros, a doutrina comumente avoca os princípios da coerência, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da chamada *justiça formal*, que pressupõe a ideia de igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, observando-se sempre o passado em harmonia com o futuro (*forward-looking*).

Por outro lado, encontra-se um cenário em que a aplicação de institutos de padronização decisória e uniformização de jurisprudência, muito aquém de fornecer coerência e estabilidade jurídica ao sistema, tem trazido mais insegurança com a massificação das decisões judiciais, porquanto pautado apenas pelos chamados princípios da praticidade e da eficiência, afastando-se assim do seu papel institucional de promover a fundamental *individualização* do direito e distribuição da justiça individual.

Em razão disso, muito se questiona acerca da viabilidade da implementação de um sistema de precedentes em nosso ordenamento, e do reconhecimento de força vinculante às normas jurisprudenciais.

¹ Introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004, positivada pelos artigos 103-A da CR/88 e 479 do CPC/73.

² Prevista pelos arts. 102, §3º da CR/88 e arts. 543-A e 543-B do CPC/73.

³ Previsto pelo art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

⁴ Tais como os artigos 489, 926, 927, 928, 1.037, 1.042 da Lei nº 13.105/2015

Supomos, no entanto, que tais problemas decorram *não* da suposta impossibilidade de incorporação de um sistema de precedentes em nosso ordenamento jurídico, mas do fato de haver, na prática jurisdicional, evidente ausência de habilidade técnica e esforço dos tribunais na apropriação dos conceitos trazidos da teoria dos precedentes, influenciando assim na equivocada aplicação e utilização dos referidos institutos.

Em extenso trabalho de pesquisa empírica anteriormente realizado, com base na jurisprudência dos tribunais brasileiros⁵, concluímos que, de fato, em inúmeras demandas judiciais em trâmite nos referidos tribunais, a aplicação dos precedentes judiciais não foi conduzida da forma adequada. A bem da verdade, em muitos desses casos, as referidas relações jurídicas sequer foram apreciadas pelos tribunais superiores, visto que suas análises esbarraram em exames de admissibilidade que impedem a apreciação de decisões que supostamente contrariem a “jurisprudência” daqueles tribunais.

Quando tratamos, mais especificamente, das relações que envolvem matéria tributária, levadas ao Poder Judiciário para solucionar conflitos firmados entre o Fisco e o contribuinte, a prática tem demonstrado que a situação é ainda mais delicada: se por um lado há um grande enfoque em questões de direito, que tendem a gerar “padrões decisórios” hábeis a conferir eficiência e segurança jurídica, por outro lado não têm sido consideradas as questões fáticas concretas na relação jurídico-tributária e tampouco os princípios próprios e exclusivos do direito tributário tais como capacidade contributiva e legalidade estrita, ambos tão determinantes na solução de litígios desse ramo.

Nesse contexto, diversos doutrinadores vêm desenvolvendo críticas e comentários acerca da jurisprudência em matéria tributária criada pelos tribunais superiores e, em última *ratio*, acerca da forma de aplicação dos referidos precedentes pelos tribunais inferiores em inobservância das situações concretas.

Afinal, supomos que um padrão decisório em matéria tributária que for discursivamente construído, observando a história institucional e exaurindo todos os fundamentos apresentados pelas partes – conforme vem sendo defendido pela doutrina dos precedentes – tem potencial para impactar positivamente inúmeras demandas e trazer a tão buscada efetividade ao sistema judicial pelos estudiosos.

⁵ Fonte: Relatório da pesquisa "A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário", financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a coordenação do Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>, Belo Horizonte, 2015.

Diante deste cenário ora exposto, ressaí quase que intuitivamente um questionamento: de que forma estão sendo, atualmente, construídos, aplicados, afastados e superados os precedentes judiciais em matéria tributária no Direito Brasileiro?

Por óbvio, uma análise para responder dito questionamento demandaria não apenas esforço hercúleo e disponibilidade absoluta de tempo, mas – o que é pior – correria o risco de retratar difusamente uma realidade opaca, sem absorver as minúcias das matérias efetivamente discutidas nos tribunais, bem como as técnicas utilizadas para tanto.

Mas há – e isso é incontroverso em matéria de Direito Tributário – um tema que, há algum tempo, tem sido objeto de profícuos debates em tribunais, sobretudo relativamente à construção, observância, afastamento e superação de precedentes judiciais, qual seja a discussão acerca da aplicação da capacidade econômica aos impostos classificados como reais.

Com razão, a discussão acerca da progressividade dos chamados *impostos reais* foi objeto de vários recursos extraordinários, ações diretas de inconstitucionalidade e súmulas, como os RE 153.771/MG, 423.768/SP e 562.045/RS; a ADI n. 2732/2002; e as Súmulas 656 e 668 do STF. A referida discussão prolongou-se desde o ano de 1996, quando foi julgado o RE 153.771/MG, até o final do ano de 2015, com o julgamento do RE 562045/RS, permitindo, assim, uma análise extremamente pormenorizada de como, à luz deste caso, tem sido a evolução da construção, da aplicação, do afastamento e da superação de precedentes no Direito Tributário nas últimas duas décadas pelos tribunais superiores.

Para empreender essa tarefa, a presente pesquisa partiu de marco teórico fundado nas teorias desenvolvidas acerca da criação e aplicação de precedentes judiciais nos mais variados sistemas jurídicos e, mais especificamente em relação ao sistema normativo brasileiro, a pesquisa apoiou-se na tese intitulada *Teoria dos Precedentes Judiciais*, desenvolvida por Thomas Bustamante (2012).

No contexto da questão aqui trabalhada, Bustamante trabalha os mais variados conceitos e definições trazidos pela doutrina, desde Hans Kelsen e Heiki Pohl no direito alemão; Neil MacCormick, Arthur Goodhart no direito britânico; passando pelas discussões pós-positivistas travadas entre Hart, Dworkin, Alexy, entre outros.

Para além disso, a Teoria dos Precedentes Judiciais permite a reconstrução da ideia – ou do conceito – de precedente judicial; a sua (não) vinculação aos sistemas jurídicos de tradição de *common law*; os requisitos para a sua construção dentro de um paradigma não ou pós-positivista do direito, levando em consideração a necessidade de inserção do precedente judicial no contexto da argumentação jurídica; uma análise crítica dos seus elementos (*ratio*

decidendi e *obiter dictum*) e das formas de aplicação e superação (como o *distinguishing* e o *overruling*).

A definição pelo mencionado marco teórico justificou-se tanto pelo rigor técnico e científico em que a teoria de precedentes vem sendo desenvolvida, quanto pela preocupação em estabelecer parâmetros metodológicos que possam ser utilizados na aplicação de precedentes judiciais mesmo em casos mais difíceis, nos quais não é possível desempenhar a simples subsunção do caso *sub judice* ao precedente paradigma.

Esse comprometimento metodológico exigido pela razão prática que dá fundamento à Teoria dos Precedentes Judiciais de Thomas Bustamante, ao que tudo indica, permite que a construção dos precedentes e a sua aplicação na ora discutida seara do Direito Tributário se deem de forma a respeitar a singularidade de cada relação jurídico-tributária, já que, tanto para a construção, quanto para a aplicação dos precedentes, existe uma necessidade de levar em consideração os argumentos que deram ensejo ao seu status – por meio da aplicação de critérios ou metanormas para a fundamentação das decisões judiciais que aplicam os precedentes – e não apenas o pretense caráter universal do seu dispositivo.

Partindo, portanto, do marco teórico da Teoria do Precedente Judicial, a pesquisa ora relatada lançou mão, inicialmente, de profunda e extensa pesquisa bibliográfica, para que fosse possível balizar o que se entende por corretas – ou mais apuradas – técnicas de construção, aplicação, afastamento e superação de precedentes judiciais.

Após, lastreada no arcabouço teórico construído na etapa anterior, a pesquisa dedicou-se especificamente ao estudo da construção, aplicação, afastamento e superação dos precedentes do caso específico sob análise, qual seja: o caso da progressividade dos impostos reais.

Assim, no que se refere aos tipos de investigação, a pesquisa lançou mão dos tipos exploratório, descritivo/compreensivo e comparativo. O primeiro quando do levantamento dos julgados posteriormente submetidos a análise. O segundo refere-se ao próprio foco de abordagem, ou seja, toda a pesquisa subsequente foi desenvolvida a partir de uma perspectiva analítica, de decomposição de problemas jurídicos em seus diversos aspectos, relações e níveis, para interpretação e compreensão da ordem normativa de construção e aplicação dos precedentes judiciais. O terceiro e último tipo de investigação buscou a identificação das semelhanças e diferenças entre normas e instituições do ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de verificar as semelhanças e diferenças entre a forma atual de criação e aplicação de precedentes judiciais e a forma proposta pelo arcabouço teórico construído.

Operacionalmente, com fins a dar concretude a toda esta construção prático-teórica, a pesquisa restou relatada em cinco capítulos, sendo este – introdutório – o primeiro.

O segundo capítulo dedicou-se à reconstrução das teorias do precedente judicial, em seus diversos aspectos, de forma a procurar fundamentar o estudo específico do caso sob análise. Lastreado no marco teórico proposto, em autores nacionais e estrangeiros, o segundo capítulo analisou a suposta dicotomia existente entre *Common Law* e o *Civil Law* e a caminhada de convergência dos referidos sistemas; o conceito de precedente e a sua distinção em relação a outros termos; os elementos do precedente judicial (*ratio decidendi* e *obiter dictum*); e as técnicas de aplicação, afastamento e superação dos precedentes judiciais.

Em seguida, analisou-se ao longo do terceiro capítulo a realidade global do nosso ordenamento jurídico no contexto da doutrina dos precedentes judiciais, destacando toda a evolução legislativa que demonstra estarmos em uma trajetória de valorização das normas jurisprudenciais, e que culmina com a instituição do Novo Código de Processo Civil, o qual traz referidos conceitos e institutos de forma ainda mais evidente. Ainda neste terceiro capítulo, analisamos dados produzidos em pesquisa anterior, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, que demonstram os resultados da aplicação, na prática, da referida mudança legislativa. Por fim, ainda nesse contexto da realidade global do capítulo terceiro, apresentamos dados estatísticos e, de forma sucinta, algumas das discussões doutrinárias que envolvem a aplicação de precedentes em matéria tributária, o que justifica o recorte metodológico dessa pesquisa em relação ao Direito Tributário.

No decorrer do quarto capítulo, foram contextualizados alguns conceitos necessários à compreensão da temática e, em seguida, partiu-se para a análise pormenorizada da construção, da observância, do afastamento e da superação dos precedentes em matéria de progressividade dos impostos reais. Neste capítulo, foram analisados, voto a voto, a partir das teorias do precedente judicial estudadas, todos os julgados que exerceram papel de protagonismo na construção e mudança do entendimento dos tribunais superiores brasileiros em matéria de progressividade de impostos reais, mormente os RE 153.771/MG, 423.768/SP; as ADI n. 1982149-77.2000.8.13.0000 e 2732/2002; e as Súmulas 656 e 668 do STF.

No quinto capítulo, foi analisada de forma minuciosa o julgamento do RE 562.045/RS, o qual é reconhecido pela doutrina tributária como a "virada jurisprudencial" no entendimento do STF acerca da matéria e, pela perspectiva da teoria dos precedentes, como uma possível hipótese de *overruling* das normas jurisprudenciais anteriores.

Por fim, no sexto e último capítulo – a conclusão – foi realizado um cotejo entre a construção realizada pelos tribunais brasileiros em matéria de precedente acerca da

progressividade dos impostos reais e as técnicas de construção, aplicação, afastamento e superação de precedentes conforme propostas pelas teorias contemporâneas do precedente judicial, de forma a promover argumentos para uma avaliação pontual da forma através da qual a construção jurisprudencial do Direito Tributário tem se consolidado no Brasil.

Nesse contexto, independente da questão de mérito em discussão, o fato é que a aplicação acrítica de precedentes judiciais é procedimento – ou ausência de procedimento – inaceitável no sistema jurídico brasileiro, sobretudo em Direito Tributário – área em que as normas jurisprudenciais impactam uma infinidade de casos semelhantes que discutem teses –, fazendo-se premente uma análise crítica da conduta dos tribunais brasileiros em relação ao que propõem as mais contemporâneas teorias do precedente judicial.

2. PRECEDENTE JUDICIAL: DEFINIÇÕES E PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS

Inicialmente, para que seja possível adentrar a especificidade da pesquisa proposta e analisar os precedentes judiciais em matéria tributária previamente selecionados, é necessário, antes, definir o que de fato representa o chamado Precedente Judicial e, nesse contexto, delinear alguns elementos importantes quanto à justificação e, sobretudo, quanto à aplicação dos referidos precedentes no nosso ordenamento jurídico.

Afinal, em que pese o termo precedente ter uma conotação quase que intuitiva, a doutrina construída acerca do tema é significativamente numerosa e traz consigo uma infinidade de definições e conceitos dos mais diversos.

Além disso, o estudo de precedentes judiciais no Brasil ainda encontra uma barreira imposta por parte da doutrina nacional (MANCUSO, 2010; STRECK, 2008; ABOUD, 2012; LEAL, 2005), segundo a qual as diferenças estruturais dos sistemas jurídicos de *Civil Law* em relação aos de tradição jurídica de *Common Law* impediriam a apropriação de alguns institutos e conceitos advindos da chamada doutrina do "*stare decisis*". Assim, para que fosse possível delimitar o marco teórico e as acepções conceituais adotadas por esse trabalho, foi utilizado como critério principal a realidade jurídica em que ele se insere. Ou seja, ainda que as chamadas teorias dos precedentes judiciais tenham sido inicialmente atribuídas às tradições jurídicas de "*common law*" – sem embargo do visível movimento de convergência com as tradições de "*civil law*", conforme será demonstrado – buscou-se como referencial teórico principal para a pesquisa ora proposta uma teoria normativa dos Precedentes Judiciais que pretenda ser universal e que, assim, possa ser adotada também no sistema jurídico brasileiro⁶.

Cumpramos esclarecer, portanto, que a pesquisa ora proposta não pretende exaurir a rica doutrina dos precedentes e tampouco fazer um juízo de valor a respeito da suposta melhor doutrina acerca do tema, mas tão somente apresentar os conceitos e elementos adotados, necessários para viabilizar o estudo de casos concretos em matéria tributária e fomentar a análise dos resultados e conclusões levantadas.

⁶ E, para tanto, a pesquisa ora desenvolvida traz como marco teórico e esqueleto principal a chamada "Teoria do Precedente Judicial" desenvolvida pelo Professor Thomas da Rosa de Bustamante, que trabalha de forma completa e profunda todas as questões teóricas acerca da justificação dos precedentes judiciais e ainda estuda, à luz da realidade do nosso sistema jurídico, todas as questões acerca da aplicação das referidas normas jurisprudenciais.

2.1 As tradições jurídicas de *Civil Law* e *Common Law* e o movimento de convergência entre elas

Quando se fala em estudo de precedentes judiciais, normalmente se os relacionam aos sistemas jurídicos construídos sob a égide do "*common law*", já que nesses sistemas – geralmente de origem anglo-saxônica – é que foram consolidadas as principais bases do direito jurisprudencial.

Essa é, inclusive, umas das razões pelas quais grande parte dos juristas dos países de tradição jurídica de *Civil Law* – entre os quais um considerável número de juristas brasileiros (MANCUSO, 2010; STRECK, 2008; ABBOUD, 2012; LEAL, 2005) – ainda apresenta grande resistência ao reconhecimento da força normativa dos precedentes judiciais em seus respectivos sistemas.

Assim, defendendo a existência de uma forte dicotomia entre as tradições jurídicas⁷ de *Civil e Common Law* – dicotomia essa que supostamente impediria a apropriação de institutos jurídicos uns dos outros – esta já citada considerável parcela dos juristas mais tradicionais acaba não somente por negar, mas também por rechaçar a influência da doutrina do "*stare decisis*" nos sistemas jurídicos continentais⁸.

⁷ Cumpre-nos esclarecer que adotamos aqui a concepção de John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, de que embora a expressão "sistemas jurídicos" se refira ao conjunto de normas vigentes, procedimentos e instituições legais de um determinado ordenamento, a expressão "tradições jurídicas" tem uma concepção mais ampla, e se refere a um conjunto de "sistemas jurídicos" que não são idênticos entre si, mas que possuem determinadas características em comum. Assim, por exemplo, os sistemas jurídicos dos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Irlanda pertencem à família do "*Common Law*", ao passo que o Brasil, Itália e Alemanha compõem a chamada tradição jurídica do "*Civil Law*". (MERRYMAN, PEREZ-PERDOMO, 2009, p. 21).

⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, por exemplo, defende que, no contexto dos sistemas de *civil law*, "(...) o produto da atividade judicante (sentença, acórdão) tem eficácia restrita ao caso julgado (CPC, arts. 460 e 472), de sorte que a *jurisprudência*, mesmo extratificada em súmula simples, não se alça ao patamar de fonte formal, ou forma de expressão *principal*, do Direito. Sem embargo, a súmula simples (= não obrigatória), exerce notória força *persuasiva*, sendo inegável que em alguns casos tais precedentes judiciais alcança, *praticamente*, força normativa" (2010, p. 202). Georges Abboud, da mesma forma, sustenta que: "Parece haver uma fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*, de modo que diversas reformas legislativas ou teorias são justificadas sob o argumento de que elas seriam oriundas do *common law*. A partir dessa perspectiva, passa-se a defender e justificar diversas teses, inclusive conflitantes. (...) Ocorre que, após uma breve análise do *common law* e, respectivamente, da doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, torna-se fácil constatar a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou o que lhe atribua efeito vinculante. Todavia, no Brasil, o que se constata é que o maior problema da adoção dessa perspectiva não são as tentativas legislativas - abalizadas por parcela da doutrina - de pretender instituir o *stare decisis* no sistema pátrio. O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento - porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual -, essas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*." (ABBOD, 2012, p. 493).

Ocorre que, conforme já vem sendo denunciado pela doutrina mais contemporânea, verifica-se atualmente um forte movimento de convergência entre os sistemas jurídicos anglo-saxões e romano-germânicos, os quais vêm incorporando sutilmente os institutos e tradições jurídicas uns dos outros⁹ e, via de consequência, enfraquecendo a ideia de rígida dicotomia entre eles. E, mais que isso, conforme será demonstrado nesse tópico, ainda que existam algumas distinções estruturais entre os referidos sistemas, o fato é que o modo de raciocinar por precedentes no momento de considerá-los e aplicá-los no ordenamento é basicamente o mesmo (BUSTAMANTE, 2012, p. 313), motivo pelo qual não há como negar a chamada força normativa dos precedentes judiciais também no Brasil.

De todo modo, antes de adentrarmos as referidas concepções jurídicas, cumpre-nos esclarecer uma diferença conceitual entre as expressões "*common law*" e "*stare decisis*" que, embora estejam relacionadas, não se confundem.

O chamado "*stare decisis*" – termo decorrente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, da tradução literal "manter a decisão e não modificá-la" – traz em seu conteúdo a ideia de vinculação necessária às decisões anteriores. Ou seja, segundo a doutrina do *stare decisis*¹⁰, todos os novos casos submetidos à apreciação judicial que possuam as mesmas características de outros casos já julgados anteriormente pelos tribunais superiores (vinculação vertical) ou mesmo em casos que tenham sido julgados pela própria corte (vinculação horizontal)¹¹, devem respeitar e manter o que foi decidido previamente.

Common law, por sua vez, pode ser conceituado como o sistema que geralmente se baseia na regra costumeira e que, portanto, não pode ser confundido com a doutrina do precedente, segundo Neil Duxbury. É que, conforme esclarece o jurista inglês, enquanto na doutrina dos precedentes o juiz se apoia no trabalho de outras cortes, no direito costumeiro as fontes normativas – no caso, os costumes – não precisam ter sido legalmente e formalmente reconhecidos. (DUXBURY, 2008, pp. 7-9).

⁹ Exemplo de incorporação das técnicas dos sistemas de *civil law* pelos sistemas de *common law* são citados por Rodolfo de Camargo Mancuso: "Com o tempo, as decisões fundadas na *equity* foram ganhando corpo e prestígio, até que no século XIX os *Judicature Acts* (1873-1875) acabaram por realizar uma fusão desses dois sistemas". (MANCUSO, 2010, p. 199).

¹⁰ Conforme aponta Adriana Vojvodic, a referida regra do *stare decisis* pode, a depender da corrente doutrinária adotada, ser entendida tanto como um princípio formal do sistema jurídico ou uma norma cujo conteúdo material (tal como segurança jurídica, igualdade, etc.) é que fundamenta a obrigação de ser seguida. (VOJVODIC, 2012, p. 90).

¹¹ Segundo Bustamante, essa versão "mais forte" da regra do *stare decisis*, qual seja: a ideia do efeito estritamente vinculante (*strictly binding*) do precedente horizontal, ganhou muita força em meados do século XIX com os casos "*Beamish vs Beamish*" e "*London Tramways Co. vs London County Council*", mas veio a ser flexibilizada em meados do século XX, quando os *law lords* "reconheceram que uma aderência excessivamente rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular, bem como indevidamente restringir o correto desenvolvimento do Direito". (2012, p. 76-77).

Além disso, é de se destacar que a doutrina do *stare decisis* veio a ser desenvolvida em momento muito posterior ao de consolidação da tradição jurídica do *Common Law*. Ou seja, de acordo com o jurista e historiador Brian Simpson, os sistemas jurídicos de *common law* subsistiam e se regiam muito bem mesmo antes do surgimento da doutrina do *stare decisis* (ou *rule of precedents*), que trouxe a ideia de obrigatoriedade dos precedentes e introduziu institutos tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, entre outros – os quais serão melhor explicados na seção seguinte deste capítulo. (SIMPSON *apud* MARINONI, 2013, pp. 31-33).

Mais que isso, quando se analisa sob a perspectiva histórica dos fatos, é possível constatar que a doutrina dos precedentes judiciais não somente é posterior à existência do *common law* enquanto forma de direito costumeiro, como também não foi uma construção privativa dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos. Muito ao contrário, após fazer um denso levantamento histórico, Bustamante comprova que, desde o período de formação do Estado Moderno, já se identificava uma fidelidade aos precedentes judiciais em toda a Europa Continental, inclusive nas regiões que viriam aderir à tradição jurídica de *civil law*, como na Itália pré-unitária (Toscana, Estados Pontifícios/Papais, Reino de Nápoles, Piemonte, Savoia), no chamado Reino da Baviera (hoje um estado alemão), na região da França, etc. (2012, pp. 78-84).

Assim, diante dessas informações, resta evidenciado que a doutrina do *stare decisis*, que exige respeito e vinculação ao que já foi decidido anteriormente, não é sinônimo de *common law*, e também não é teoria exclusiva daquele sistema; a uma porque se trata de teoria jurídica desenvolvida em momento muito posterior à existência do direito costumeiro, e em segundo lugar porque, conforme demonstrado, não teve origem e não é exclusiva dos sistemas de *common law*, mas, ao contrário, foi adotada em Estados de tradição romano-germânica antes mesmo de ser formalmente consolidada na Inglaterra.

Referidas informações assumem relevância para o presente trabalho justamente para delimitar o recorte metodológico e justificar a apropriação da doutrina do *stare decisis* pelo marco teórico que ora adotamos. Afinal, na medida em que fica evidenciado não se tratar de doutrina exclusiva das tradições de *common law* como alguns equivocadamente defendem – conforme demonstrado há pouco –, não subsistem razões que impeçam o estudo do *stare decisis* bem como a apropriação de seus institutos em nosso sistema jurídico.

Adotada essa premissa inicial, partimos para a segunda parte desse tópico, qual seja: analisar a suposta dicotomia existente entre os sistemas jurídicos de *civil* e *common law*. Conforme introduzimos acima, é comum encontrarmos na doutrina nacional e estrangeira

uma infinidade de estudos comparatistas¹² que apresentam a existência de uma forte dicotomia entre as tradições jurídicas de *civil e common law*.

Entre os vários estudos comparatistas desenvolvidos pela doutrina estrangeira e nacional, a clássica obra do autor francês René David intitulada "*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*" ganha destaque por fazer um aprofundado levantamento histórico das tradições jurídicas de origem romano-germânica e anglo-saxônicas e, em que pese apresente ainda outras classificações de sistemas jurídicos¹³, o esboço histórico traçado pelo autor remonta às origens dos referidos sistemas, e estuda as distinções, mas também a circulação de influências entre o *civil* e o *common law*.

Ainda nesse contexto comparatista, Lord Goff of Chieveley, juiz da *House of Lords* inglesa, escreveu um ensaio no qual confronta as tradições jurídicas de *civil e common law*, apresentando como principal diferença entre elas as fontes de direito de cada um dos sistemas, o que viria a repercutir no modo de pensar dos juristas, conforme se vê:

Se olharmos para a forma do *common law*, a característica distintiva que permanece até hoje é a de que é um sistema de *case law*, no qual o *judge-made law* não é somente fonte do direito, mas uma importante fonte do direito. Nesse sentido, há um profundo contraste com sistemas de *civil law*, que são essencialmente codificados e que faz com que, ao menos em tese, a legislação seja a única fonte de direito. (GOFF *apud* VOJVODIC, 2012, p. 69).

Em todo caso, o fato histórico de que *common lawyers* foram criados em uma "dieta de *case law*" teve um profundo efeito em nosso método judicial. *Common lawyers* tendem a proceder por analogia, movendo gradativamente de caso para caso. Nós tendemos a evitar generalizações grandes e abstratas, preferindo formulações limitadas e temporárias, de forma que os princípios emergem gradativamente dos casos concretos à medida em que eles são decididos. Em outras palavras, tendemos a raciocinar de baixo pra cima a partir dos fatos dos casos que se encontram na nossa frente, enquanto os nossos colegas continentais tendem a raciocinar de cima pra baixo, a partir de princípios abstratos incorporados em um código. (GOFF *apud* VOJVODIC, 2012, p. 69).

Nesse contexto, verifica-se que a principal diferença apontada pela doutrina comparatista se refere às fontes normativas de cada um dos sistemas jurídicos: enquanto os

¹² Destacam-se na doutrina estrangeira: RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. (Trad. Alessandro Baratta). Milão: Giuffrè, 1962; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993; CAPELLETTI, Mauro. Il Processo civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law' – 'common law' (Appunti storico-comparativi). In: *Annali della Università di Macerata*. v. XXVI, 1963; no Brasil: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹³ Além de apontar as distinções entre as tradições jurídicas de *civil e common law*, René David ainda apresenta outras classificações de sistemas/famílias jurídicas tais como as "soviéticas", "hinduístas", "muçulmanas", "orientais", "judaicas" e "africanas", etc. Em que pese essas classificações sejam contestadas por alguns autores, David procura traçar algumas distinções estruturais entre os referidos sistemas que justifiquem a categorização feita. Referidas classificações, no entanto, fogem do escopo desse trabalho.

sistemas pertencentes à tradição jurídica de *common law* teriam como principal fonte de direito as decisões judiciais proferidas pelas outras (ou pela mesma) cortes em casos concretos, os sistemas de tradição jurídica continental teriam como fonte jurídica as leis instituídas de forma abstrata no ordenamento.

A doutrina nacional também caminha nesse sentido. Apresentando a dicotomia existente entre as referidas tradições jurídicas, o professor Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que o *common law* é um sistema jurídico velho de um milênio, no qual as decisões baseadas na "*equity*" tornam-se precedentes e assim assumem a forma de fontes de direito, enquanto que "no sistema do direito continental a jurisprudência, o precedente, o *case-law* não são fontes formais do direito positivo". (2010, p. 199-202).

Mesmo reconhecendo que há uma doutrina contemporânea que advoga uma convergência ou, em suas palavras, uma atenuação progressiva da diferença entre os dois sistemas (*civil e common law*), Mancuso conclui que "toda essa crescente carga eficaz da jurisprudência não nos parece, contudo, suficiente para alçá-la, dentre nós (ainda), ao patamar de uma vera fonte formal". (2010, p. 205).

Sem embargo das diferenças conceituais existentes entre jurisprudência e precedente, as quais serão melhor demonstradas no tópico seguinte, o que se verifica é que se o autor não reconhece à jurisprudência reiterada acerca de determinada matéria o condão de ser fonte formal de direito, menos ainda o faz em relação a um precedente isolado.

Para justificar suas razões, Mancuso ainda cita como exemplo o fato de as ações rescisórias serem permitidas em nosso ordenamento na hipótese em que a decisão que se pretende rescindir representar literal violação à lei, enquanto o mesmo não ocorre se a decisão não acompanhar entendimentos judiciais anteriores ou for contrária à súmula persuasiva, o que levaria à conclusão de que, ao contrário dos enunciados legislativos, os precedentes judiciais não possuem força normativa. (2010, p. 203).

Conforme se pode constatar, os escritos que apresentam a existência de uma rígida dicotomia entre as tradições jurídicas de *civil e common law* são vários, mas os fundamentos, ao final, se resumem a um principal que sobressai aos demais: a chamada teoria das fontes jurídicas.

Ou seja, grande parte da doutrina entende que as tradições jurídicas romano-germânicas se distinguem das anglo-saxônicas porque se fundamentam em fontes de direito muito distintas – enquanto estas encontram fundamento jurídico para suas decisões nos julgados anteriores proferidos por outros tribunais, aquelas têm como principal fonte de direito a própria lei –, o que implicaria em conseqüente divergência na forma de construir o

direito e até mesmo no raciocínio jurídico do julgador no processo hermenêutico de justificação de suas decisões¹⁴.

Tais argumentos se prestariam, assim, para justificar a rejeição (por vezes veemente, como no trecho destacado acima) apresentada por alguns doutrinadores pátrios em reconhecer a força normativa dos precedentes judiciais no direito brasileiro que, demonstrando sustentar até hoje a mesma desconfiança de idos da Revolução Francesa em relação à atuação dos juízes¹⁵, entendem que um sistema fundado em precedentes não traria a previsibilidade e a segurança jurídica esperadas¹⁶.

A nosso ver, esses argumentos são, além de contraditórios, de certa forma, utópicos. Contraditórios, porque é justamente essa exigência da doutrina dos precedentes de que os juízes respeitem as decisões já tomadas que atuará como um dos limitadores de eventual discricionariedade do julgador, uma vez que este deverá restringir suas decisões ao que já foi decidido no passado acerca da matéria e só poderá se posicionar de forma distinta se submeter-se a um forte esforço argumentativo (por meio da técnica de aplicação conhecida por "*distinguishing*" ou pela superação do entendimento, conhecida como "*overruling*", que serão melhor explicadas ao fim deste capítulo).

Além de contraditórios, referidos argumentos são também utópicos porque supõem que um sistema fundamentado tão somente na lei positivada teria maior previsibilidade e segurança jurídica que aqueles que se fundamentam em precedentes judiciais, ignorando absolutamente – ao que nos parece – o fato de que também há atividade criativa pelo juiz na interpretação da lei nos casos concretos. Afinal, somente faria sentido advogar um necessário aumento da previsibilidade do sistema jurídico que seja fundamentado apenas na legislação

¹⁴ Nesse sentido cita-se, a título de exemplo, trecho de ensaio de Thomas Mackay Cooper - conhecido por "Lord Cooper" enquanto membro da "suprema corte" Escocesa, segundo o qual: "Um sistema de *civil law* difere de um sistema de *common law* assim como o racionalismo difere do empirismo ou a dedução da indução. Os membros de sistemas de *civil law* raciocinam naturalmente dos princípios aos exemplos, os membros do *common law* dos exemplos aos princípios. Os que estão no *civil law* colocam sua fé em silogismos, os *common lawyers* nos precedentes; o primeiro silenciosamente perguntando-se cada vez que surge um novo problema 'O que devemos fazer dessa vez?' e o segundo perguntando em voz alta na mesma situação 'O que fizemos da última vez?'. O sujeito no *civil law* pensa em termos de direitos e deveres, o *common lawyer* com seu pedigree. O instinto do sujeito no *civil law* é sistematizar. A regra de trabalho do *common lawyer* é resolver caminhando". (COOPER *apud* VOJVODIC, 2012, p. 68).

¹⁵ Conforme sabido, atribui-se o desenvolvimento da tradição jurídica de *civil law* e a codificação dos sistemas jurídicos dela decorrentes à Revolução Francesa e à necessidade de limitação do poder das autoridades julgadoras, tendo em vista a desconfiança criada sobre as instituições julgadoras naquele período. Para um maior aprofundamento histórico, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993; entre outros.

¹⁶ Nesse sentido, Rodolfo Mancuso alega: "O sistema de precedentes, de visibilidade e certeza mínimas, é uma teia de arabescos técnicos, que torna impossível o conhecimento do direito pelo leigo e alarga a faixa de imprevisibilidade (quiza de arbítrio) das decisões judiciais". (MANCUSO *apud* VOJVODIC, 2012, p. 73).

codificada se fosse adotada a – já superada – tese da natureza exclusivamente declaratória das decisões judiciais, nos termos da qual o juiz atuaria como mera "boca da lei" e, portanto, a previsibilidade se apoiaria nos enunciados legislativos aplicados de forma quase que mecânica pelo intérprete.

Embora sejam infinitamente densas e ricas as discussões acerca da natureza jurídica da decisão judicial, travá-las nesse momento fugiria do escopo do trabalho proposto, que requer, inevitavelmente, um recorte metodológico. Diante disso, esclarecemos que adotamos aqui a teoria – capitaneada de forma mais radical pelo positivismo de Jeremy Bentham do século XIX, mas que foi endossada e lapidada tanto por positivistas como Herbert Hart, quanto por pós-positivistas como Neil MacCormick e Ronald Dworkin, entre outros – de que a atividade judicial tem natureza genuinamente criativa e que, portanto, ao julgar um *case law*, o intérprete está, necessariamente, criando Direito¹⁷.

Nesse sentido, retornando aos argumentos de que um sistema jurídico que tem os precedentes judiciais como fontes normativas padeceria de previsibilidade e segurança jurídica, o que defendemos é exatamente o contrário: se as decisões judiciais proferidas na interpretação dos casos concretos sempre terão o condão de criar o direito – premissa que adotamos, conforme esclarecimentos acima –, então uma decisão judicial que respeite sua história institucional (DWORKIN, 2010) e observe os precedentes anteriores sobre a mesma matéria certamente trará muito mais previsibilidade que uma decisão proferida em um sistema que não exija dos intérpretes o mesmo respeito aos precedentes e o mesmo esforço argumentativo para afastá-los. Afinal, esse sistema que não reconhece a força normativa dos precedentes judiciais permite, via de consequência, que suas decisões judiciais sejam distintas umas das outras, ainda que se refiram à mesma matéria *sub judice*, autorizando, portanto, a criação de quantos direitos forem os casos julgados.

Assim, se a atividade judicial não é meramente declaratória, e se para cada caso concreto o julgador poderá fazer uma nova interpretação independente do que já foi decidido sobre a mesma matéria pelo mesmo ou por outros tribunais, criando assim uma norma judicial nova, certamente o jurisdicionado desse sistema não possui qualquer previsibilidade e segurança quanto ao Direito relativo àquela matéria.

¹⁷ Para maior aprofundamento sobre as referidas discussões, ver: DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of precedent*. Cambridge University Press. 2008; MACCORMICK, Neil. "Can Stare Decisis be Abolished?" In: *Juridical Review*, 1996, pp. 197–213; EVANS, Jim. "Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century." In: GOLDSTAIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford, Clarendon, pp. 35-75; no Brasil, BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A chamada teoria das fontes, segundo a qual as tradições jurídicas de *civil e common law* se distinguiriam porque, por fundarem-se em fontes normativas distintas, seriam distintas, via de consequência, quanto à própria forma de pensar o direito (COOPER *apud* VOJVODIC, 2012, p. 68) também deve ser analisada com cautela.

Primeiro porque, conforme já vem sendo denunciado por parte da doutrina mais contemporânea, é possível verificar atualmente um gradativo movimento de convergência entre as tradições jurídicas de *civil e common law* também em relação às próprias fontes de que alimentam seus sistemas: por um lado, nota-se que os sistemas jurídicos continentais vêm reconhecendo cada vez mais teor vinculante aos precedentes judiciais – como se vê, por exemplo, no Brasil, as normas que vêm sendo introduzidas no Código de Processo Civil, conforme será melhor demonstrado no capítulo seguinte; por outro lado, tem se identificado também nos países de tradição jurídica de *common law* um forte aumento de enunciados legislativos demonstrando uma tendência à codificação, conforme será demonstrado.

Em um trabalho crítico acerca do referido movimento de convergência, o processualista Luiz Guilherme Marinoni atribui a crescente influência dos precedentes judiciais em sistemas de *civil law* ao movimento igualmente crescente de constitucionalização do direito. Conforme demonstra o jurista, "a experiência [*pós Revolução Francesa*] de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça" fez com que os sistemas jurídicos continentais resgatassem os princípios como normas cogentes conformadoras de justiça, de modo que a Constituição passa a ser "dotada de eficácia plena normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição"¹⁸. (MARINONI, 2009, pp. 37-38).

Nesse contexto, esclarece o autor, a consequência do referido movimento (neo)constitucionalista do direito¹⁹ é que, a partir do momento em que a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais, "a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição".

¹⁸ Nesse contexto, esclarece o autor: "A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. O próprio princípio da legalidade passa a ter outro significado, deixando de ter um conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. O princípio da legalidade passa a se ligar ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais". (MARINONI, 2009, p. 38).

¹⁹ No Brasil, tal movimento pode ser facilmente observado pelas normas de controle de constitucionalidade (tanto difuso como concentrado), pelas técnicas de "interpretação conforme a constituição" e "declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto" (previstas pelo art. 28, parágrafo único da Lei n. 9868/99), entre outros institutos, que serão melhor apresentados no capítulo seguinte.

Inevitavelmente, o papel do intérprete assume uma importância ainda maior no ordenamento, motivo pelo qual se passa a exigir uma adequação à doutrina do *stare decisis* e um maior respeito aos precedentes judiciais, sobretudo àqueles proferidos pela corte máxima, responsável por conformação do sistema à Constituição. (MARINONI, 2009, p. 39).

Já em relação às influências da tradição do *civil law* sobre os sistemas anglo-saxões, Marinoni ressalta que, ainda que a produção legislativa fosse pouco intensa na sua origem inglesa, "a existência de leis nunca se opôs ao *common law*" ou, dito de outra forma, "a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes". (2009, p. 19).

Tal fato se confirma na contemporaneidade com a profusão códigos e enunciados legislativos que vêm sendo instituídos nos países de tradição jurídica de *common law*. A título de exemplo, é possível verificar a recente edição em países como Inglaterra, Austrália e Estados Unidos, de uma série de códigos – tais como Falência, Propriedade Intelectual, Concorrência, Código Bancário, Código Tributário, entre outros –, bem como a existência de sistemas híbridos como no estado de Lousiana, nos EUA; Quebec, no Canadá; Porto Rico e África do Sul, conforme denunciam alguns juristas estrangeiros²⁰.

Do ponto de vista de um jurista prático, a autora Katja Funken defende que essa mudança decorreu da própria ideia de globalização, com a internacionalização das práticas comerciais e a criação de organismos de unificação do Direito tais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), o Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e, citando passagem do autor Guido Calabresi, justifica tal prática sob o argumento de que "as cortes não tem sido capazes de editar com velocidade suficiente muitas das regras que a sociedade moderna aparentemente precisa". (CALABRESI *apud* FUNKEN, 2003, p. 7, tradução livre)²¹.

Assim, conforme se verifica pelos exemplos citados acima, fica evidenciado que, em relação às fontes normativas que alimentam os sistemas jurídicos de *civil* e *common law*, não se pode falar mais em tamanha divergência, já que, ao mesmo tempo em que os sistemas continentais vêm reconhecendo força normativa aos precedentes judiciais, os sistemas

²⁰ Nesse sentido ver ROSEN, Mark. What Has Happened to the Common Law? - Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development, In: *Wisconsin Law Review*. 1994, p. 1119-1286. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/530> Acesso em: 23 de maio de 2015; MATTEI, Ugo; ANTONIOLLI, Luisa & ROSSATO, Andrea. Comparative Law and Economics. In: *Università Degli Studi di Trento*. p. 505-538. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>> Acesso em: 23 de maio de 2015.

²¹ No original: "The reason for the increasing codification in Common Law jurisdictions, in the words of Guido Calabresi, is that 'the courts are not capable of writing speedily enough most of the rules that a modern society apparently needs.'"

jurídicos anglo-saxões também vêm recorrendo cada vez mais aos enunciados legislativos codificados.

De toda forma, independentemente da discussão acerca das fontes das quais os sistemas jurídicos extraíam o direito (se da lei ou dos precedentes), o fato é que – e esse é o ponto de maior relevância para o nosso trabalho –, é possível defender que "o método hermenêutico utilizado no momento de interpretar e aplicar um precedente judicial é o mesmo em qualquer sistema jurídico, pouco importando a tradição histórica a que se vincule", conforme sustenta Thomas Bustamante. (2012, p. 93).

Para chegar a essa conclusão, além de um estudo histórico-comparativo, Bustamante realiza, ao longo do desenvolvimento da sua Teoria do Precedente Judicial, uma aprofundada análise do estilo de redação judicial em ambos os sistemas (*Civil Law* e *Common Law* – mais especificamente na França e na Inglaterra) para verificar se haveria discrepâncias tão evidentes em relação ao raciocínio jurídico utilizado pelos intérpretes, quando da justificação de suas decisões.

Para tanto, Bustamante partiu suas investigações da tese difundida por Arthur L. Goodhart, de que, para se identificar o real elemento vinculante de um precedente judicial, não se deve buscá-lo nos argumentos que o juiz tenha utilizado para justificar suas decisões, como se acreditava até então, mas sim nos fatos materiais nos quais o intérprete baseou o seu juízo. (2012, p. 108)²².

Nesse contexto, o autor deixou de lado a tão recorrente análise das fontes de direito e passou a analisar os dois sistemas pela perspectiva do processo de raciocínio do intérprete no momento de justificação das decisões, tal como fez MacCormick (MACCORMICK *apud* BUSTAMANTE, p. 108), e ao final concluiu que, de fato, "não há diferenças consideráveis no processo argumentativo entre o *common* e o *civil law*, ainda que subsistam certas diferenças de estilo judicial". (BUSTAMANTE, 2012, p.110).

Afinal, segundo defende o próprio MacCormick, “quando falamos em ‘aplicar o Direito a um problema’, estamos na realidade falando do que é ao mesmo tempo o mais

²² Embora tenha se apropriado da referida "tese dos fatos materiais" [*se é que assim podemos dizer*] para dar o ponto de partida à sua investigação, Bustamante alega que precisou superar o que chamou de "defeito" na teoria de Goodhart, qual seja: a pressuposição de que seria possível "separar radicalmente uma teoria dos precedentes judiciais baseada em fatos de uma teoria dos precedentes baseada em regras" (2012, p. 109). Para tanto, Bustamante apoia-se em autores tais como Cross, Simpson, Stone, MacCormick e Wróblewski, segundo os quais “o uso do precedente orientado aos fatos e o uso dos precedentes orientados às regras são interconexos, porque as regras disciplinam sempre um tipo qualquer de fato, e os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas relações com as regras” (WRÓBLEWSKI *apud* BUSTAMANTE, 2012, p.110). Ainda assim, esse "defeito" não seria o suficiente para macular a importante tese de que são os "fatos materiais" que realmente levaram à decisão que têm relevância, e não os argumentos utilizados pelo julgador para justificá-la.

importante e o mais simples modo de argumentação jurídica: o argumento por subsunção”. (MACCORMICK *apud* BUSTAMANTE, p. 110).

Nesse contexto, Bustamante afirma que, independentemente do sistema jurídico em análise, "a referência a uma regra universal para solucionar um problema jurídico particular será sempre um elemento indispensável para a justificação jurídica", mesmo que referida regra universal não esgote os problemas do caso particular (2012, p. 111) e, assim, conclui que:

é falaciosa a asserção de que o processo de raciocínio jurídico - e em especial o raciocínio que desenvolvem os juízes no contexto justificação das decisões - seja substancialmente diferente nas tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Em qualquer sistema jurídico um precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência de tal regra jurídica. (2012, p.112).

Desse modo, considerando o princípio da universalizabilidade – que traz consigo a concepção de justiça formal no sentido de tratar casos semelhantes de modo semelhantes²³ –, é possível sustentar que a forma de raciocinar por precedentes, ou seja, o raciocínio jurídico empregado pelos julgadores no processo hermenêutico de tomada de decisões independe do sistema jurídico e das tradições a que esteja vinculado²⁴.

E é adotando essa premissa teórica que o trabalho que ora apresentamos se justifica. Afinal, se o raciocínio por precedentes é o mesmo em qualquer sistema jurídico, – e se o

²³ Segundo MaCormick: “(...) a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qual moldura justificatória: sua universalizabilidade. Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam repetíveis em casos futuros” (2008, p. 120). “Afirmando que não há nenhuma justificação sem universalização; a motivação não precisa de universalização; (...). Para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser razões justificadoras, eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*).” (2008, p. 131).

Neste mesmo sentido, de acordo com Cruz e Tucci "o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o 'princípio da universalizabilidade', entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. E é ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de 'justiça como qualidade formal'". (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 25).

²⁴ O que não quer dizer, por óbvio, que ainda não subsistam diferenças entre os sistemas jurídicos de tradição de *civil law* e *common law*. Entendemos que ainda há diferenças, inclusive estruturais (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1-15), tais como “(...) a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão: em um caso, são normas produzidas pelo legislador; noutra, a legislação é descentralizada, e as normas gerais que constituem fundamento de validade da decisão têm origem costumeira” (BUSTAMANTE, 2012, p. 102). O que defendemos é que, adotando a Teoria de Thomas Bustamante, tais diferenças não impedem a adoção de uma doutrina de reconhecimento dos precedentes nos países de *civil law*, uma vez que o processo hermenêutico quando se utiliza um precedente como fonte normativa - de buscar uma regra universal para solucionar um problema jurídico particular - é o mesmo independente da tradição jurídica a que o julgador se filie.

Brasil, assim como os demais países de tradição de *civil law*, já vem há algum tempo em uma caminhada gradativa de valorização dos precedentes, conforme esclarecemos atrás – não subsistem fundamentos que impeçam a adoção de uma doutrina do *stare decisis* também em nosso ordenamento jurídico, reconhecendo força normativa aos precedentes judiciais²⁵.

Muito ao contrário, negar os precedentes judiciais como fonte de direito nos sistemas de *civil law* não é somente fechar os olhos e negar a realidade concreta mas é, mais que isso, impedir a profusão de estudos acerca do tema, o que dificulta, sobremaneira, o bom desenvolvimento de uma doutrina de precedentes que seja adequada ao nosso ordenamento.

Defendemos, portanto, que a partir do momento em que a doutrina pátria reconhecer a força normativa dos precedentes judiciais também em sistemas jurídicos de *Civil Law*²⁶ implicará necessariamente em um maior compromisso no papel do julgador/intérprete, que deverá se preocupar não somente com os precedentes já existentes em relação àquela matéria, mas também – e sobretudo – com as consequências de suas decisões enquanto possíveis precedentes que poderão orientar julgamentos futuros.

Ou seja, o reconhecimento e a valorização dos precedentes judiciais em nosso ordenamento não somente contribui para uma constante – e mais coerente – evolução do nosso direito, como também não implica em momento algum em menor segurança jurídica em relação ao sistema que adota apenas a lei como fonte normativa, muito ao contrário, garantirá uma maior previsibilidade do comportamento dos tribunais quanto à interpretação das normas jurídicas postas, impedindo assim um sistema com decisões difusas e absolutamente discrepantes.

Em sentido contrário, negar a força normativa dos precedentes judiciais é ocultar uma realidade já evidente, e apenas servirá para dificultar os avanços nos estudos doutrinários acerca do tema e impedir as exigências por uma melhor aplicação – mais aprimorada e mais técnica – em nosso sistema.

²⁵ Conforme impõe o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), que será objeto de dedicada atenção em capítulo posterior.

²⁶ Para o autor José Rogério Cruz e Tucci, "os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*)" e, portanto, as referidas discussões acerca do caráter normativo do precedente judicial ficam por conta da infrutífera especulação, já que a prática jurisprudencial demonstra realidade diversa. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 18).

2.2 Precedente Judicial: conceito e normatividade

2.2.1. Distinção conceitual: precedente, decisão, jurisprudência, costumes, coisa julgada

Em que pese a expressão precedente traga em si um significado a princípio intuitivo – e não exclusivo do raciocínio jurídico, já que tomar decisões com base em experiências anteriores acompanha o ser humano desde o início de sua existência²⁷ – é importante, já de início, esclarecer algumas diferenças conceituais (dentro da doutrina do *stare decisis*) existentes entre os chamados precedentes judiciais e outros institutos em nosso ordenamento jurídico.

De uma forma mais ampla e geral, a doutrina costuma definir precedentes como "decisões prévias que funcionam como modelo para novas decisões" em casos semelhantes. (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 01)²⁸.

Com base nessa definição, já é possível aferir uma importante distinção conceitual que a doutrina costuma destacar: embora todo precedente decorra de uma decisão judicial prévia, nem toda decisão judicial será necessariamente um precedente. Afinal, segundo esclarece Marinoni, só é possível falar em precedente "quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados". (2013, p. 213).

Quanto a essas características que seriam capazes de conferir natureza normativa e vinculante a um precedente judicial, ainda é possível encontrar alguma divergência doutrinária, mesmo entre os juristas já inseridos na doutrina do *stare decisis*.

É que, para aqueles juristas de maior influência positivista, a vinculatividade de um precedente decorre apenas da autoridade do juiz que o estabeleceu²⁹. Ou seja, basta ter sido estabelecido por alguma autoridade competente para que uma decisão judicial tenha valor de precedente e assim deva ser observado pelas instâncias inferiores.

Ocorre que, conforme esclarece a professora Marina Gascón Abellán (*apud* BUSTAMANTE, 2012, pp. 267-268), somente ter sido proferida por uma autoridade superior

²⁷ "So often in life we are looking for ways to make decisions with which we will be content. The appropriate options will be determined by the circumstances of the decision, and so it would be impossible, in the abstract, to set out an exhaustive list of ways to decide. But some of those ways are obvious. We might act on our instinct, or deliberate on the reasons supporting different possible decisions, or treat some rule, formal or otherwise, as a reason which pre-empts all others. We might try to devise a strategy, as Solomon did, to make others reveal information that would make deciding easier. Or we might even, though only exceptionally, decide not to decide and entrust an outcome to chance." (DUXBURY, 2008, p. 01).

²⁸ No original em inglês: "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions".

²⁹ Conforme será detidamente analisado no próximo tópico.

não é elemento suficiente para caracterizar uma decisão como precedente, pois, além da tradicional concepção que temos de precedente – qual seja, aqueles "critérios jurisprudenciais assentados pelos mais altos tribunais e cuja observância ordena ou recomenda, com mais ou menos vigor, pelos tribunais inferiores" – há ainda uma acepção mais restrita, que a autora denomina de "autoprecedente", e se refere àqueles "critérios adotados pelo próprio juiz na resolução de casos anteriores."

E é justamente nesse último caso que se pode confirmar que o respeito aos precedentes não decorre necessariamente de um ato de autoridade, mas muito além disso, decorre de uma exigência de coerência do próprio ordenamento jurídico, exigência essa que, conforme esclarece a autora espanhola, "em princípio opera-se em relação ao passado, mas que deve se conceber também, e principalmente, em relação ao futuro, ou como consciência de que um bom critério de resolução será aquele que valha também para resolver casos posteriores". (GÁSCON ABELLÁN *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 268).

Nesse contexto, considerando que o respeito ao precedente constitui, portanto, "uma exigência de argumentação que se pretenda racional"³⁰ (*idem*, p. 268) poderíamos acrescentar a famosa metáfora do romance em cadeia utilizada pelo jusfilósofo Ronald Dworkin em sua Teoria da Integridade. Segundo o autor norte-americano, a atividade jurisdicional funcionaria como um romance *seriatim*, de forma que cada autor (no caso, o juiz) recebe os capítulos que já vem sendo escritos por outros autores do romance para dar a ele a sua contribuição, devendo assim interpretar os capítulos que recebeu para, somente então, escrever o seu capítulo, que ficará com o final em aberto para que os autores subsequentes também acrescentem a sua contribuição. (DWORKIN, 2010, p. 275).

Assim, segundo o modelo de *Law as integrity* de Dworkin, os juízes devem se preocupar não somente com a interpretação e respeito às normas decorrentes do processo de concretização do direito³¹ dos julgadores anteriores, às quais deverão dar continuidade, mas devem se preocupar também em adotar bons critérios racionais para que – nas palavras de Gascón Abellán – a referida decisão valha para casos posteriores e, portanto, seja possível dar sequência ao chamado romance em cadeia.

³⁰ Uma vez que, segundo a autora, o respeito ao precedente traz em si um dos princípios de correção kantianos, qual seja: o da "universalizabilidade".

³¹ Conhecidas também por "normas adscritas", conforme terminologia utilizada por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, de acordo com a acepção de Thomas Bustamante, ou como "normas atribuídas", expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva em sua tradução da referida Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy.

Nesse sentido, é possível concluir que, de fato, nem toda decisão será necessariamente um precedente. Para que uma decisão judicial assuma o papel e a força de um precedente vinculante, não basta somente ser proferida por um tribunal de instância superior, mas antes disso é necessário que a matéria em análise seja submetida a um processo argumentativo e racional que considere todos os elementos e circunstâncias do caso em análise e enfrente todos os argumentos suscitados pelas partes. Somente assim é que, conforme aponta a melhor doutrina, poderá se afirmar ter sido produzida uma(s) norma(s) (*ratio decidendi*) capaz de assumir um caráter universalizável e teor vinculante.

Por outro lado, o termo precedente também não pode ser confundido com jurisprudência, embora tal equívoco seja cometido com grande frequência pela *praxis*, sobretudo em países de tradição jurídica de *civil law*.

Conforme ensina Michele Taruffo, a primeira distinção entre precedente e jurisprudência é de caráter quantitativo: enquanto precedente se refere a uma decisão relativa a um caso particular que, [*construída racionalmente e com pretensão de universalizabilidade*], serve de paradigma para decisões posteriores, o termo jurisprudência, por outro lado, se refere a "uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos". (2014, p. 3).

No entanto, ressalva o processualista italiano, a diferença entre ambos os institutos "não é apenas de tipo semântico", e não saber distingui-los pode trazer riscos a uma coerente aplicação de normas jurisprudenciais. É que, conforme informa o autor, o precedente provê uma regra universalizável que, para ser utilizada como critério para a decisão de um caso concreto posterior, dependerá de uma análise e confronto dos fatos do primeiro caso com os do segundo, de forma que o julgador verificará se prevalecem "os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos". (TARUFFO, 2014, p. 3-4).

Nesse caso, conclui Taruffo, apenas um precedente já será suficiente para orientar e justificar a decisão do caso sucessivo. (2014, p. 4). Tanto o é que, em países que possuem uma cultura de precedentes já enraizada, geralmente a decisão que se assume como paradigma é uma só (raramente acompanhada de poucas outras decisões de apoio) e é identificada pelo próprio nome das partes litigantes, de forma que é plenamente possível identificar qual realmente é o precedente de determinada matéria.

O uso da jurisprudência, no entanto, não se dá da mesma maneira. Conforme ensina Michele Taruffo, autor que há muitos anos vem estudando o uso de precedentes no sistema italiano e no direito comparado, os sistemas jurídicos que evocam a *jurisprudência* como fundamento normativo geralmente se referenciam em um grande número de decisões, as quais

decorrem de fatos concretos dos mais variados, o que dificulta, sobremaneira, identificar qual(is) dessas decisões é verdadeiramente relevante, quais os fatos materiais considerados e, sobretudo, qual é a norma adscrita que realmente vincula as decisões posteriores.

Assim, conforme denuncia o professor italiano, nesses casos não há como fazer uma análise comparativa dos fatos, pois os enunciados que constituem a chamada jurisprudência são, em geral, "declarações concentradas em uma ou em poucas frases que têm como objeto *regras jurídicas*". Isso significa que, como essas regras são formuladas "como enunciados gerais de conteúdo preceptivo", as seleções de jurisprudência passam a se assemelhar muito às codificações, conforme conclui Taruffo:

em regra, os textos que justificam a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*.

Esse *modus operandi* encontra-se tão profundamente enraizado em nossos hábitos, que não se dá atenção aos fatos nem mesmo quando o inteiro texto da sentença se encontra disponível e não só a ementa. (2014, p. 05).

Ao fim de seu estudo comparativo entre das noções de precedente e jurisprudência, Michele Taruffo ainda apresenta uma crítica a um fenômeno que pontua como gravemente patológico no sistema jurídico italiano [que se assemelha muito ao sistema brasileiro]: um número anormal³² de acórdãos pronunciados pela Corte de Cassação italiana, muitas vezes sobre a mesma matéria, o que acaba desencadeando incoerências e contradições no âmbito da mesma jurisprudência. Afinal, conclui o autor, "não se sabe quase nunca se realmente se chegou a conhecer toda a jurisprudência (o que é muitas vezes impossível) ou, pelo menos, toda a jurisprudência *relevante* sobre um determinado assunto". (2014, p. 06).

Nesse contexto, arriscaríamos sustentar aqui, com base no que já foi estudado até o momento que, quando um julgador se apoia em uma vasta jurisprudência sobre determinado assunto para fundamentar uma decisão, certamente aquela jurisprudência não terá a força normativa de um precedente, uma vez que, nessas hipóteses – por não ser possível estabelecer um raciocínio analógico entre os fatos dos (inúmeros) casos paradigmas e o caso *sub judice* – terão sido considerados apenas os argumentos esboçados resumidamente nos enunciados gerais, e não os *fatos materiais* que efetivamente influenciaram a tomada de decisão

³² Taruffo compara a Corte de Cassação Italiana com tribunais superiores de outros sistemas jurídicos e demonstra que, enquanto a *House of Lords* inglesa pronuncia em média 100 sentenças por ano e a Suprema Corte dos Estados Unidos uma média de 200 sentenças por ano, a referida Corte Italiana pronuncia uma média de 50.000 decisões por ano. (2014, p. 06).

daquele(s) paradigma(s), exatamente o contrário do que propõe a doutrina do *stare decisis* influenciada por Arthur L. Goodhart³³, conforme já tratamos no tópico anterior.

Assim, podemos concluir que, se uma decisão judicial isolada não necessariamente produzirá um precedente judicial, também não será o conjunto de decisões reunidas – muitas vezes contraditórias entre si – que, *por si só*, terá esse condão, conforme visto acima³⁴.

Ainda em relação às distinções conceituais, cumpre-nos destacar que precedente também não se confunde com *costume*. Segundo Neil Duxbury, "precedentes e costumes não são apenas institutos distintos, como podem até mesmo ir um contra o outro". Conforme ilustra o autor, "ao passar a admitir membros do sexo feminino, por exemplo, uma instituição pode estabelecer nesse momento um precedente que quebra com o seu costume". (DUXBURY, 2008, p. 08, tradução livre)³⁵.

Embora pareçam semelhantes – sobretudo no contexto do *common law*, já que ambos, costume e precedente, são fontes relacionadas a práticas passadas, decorrentes de conhecimento adquirido – Duxbury elenca diversos pontos distintivos entre os dois institutos: enquanto os juízes que utilizam precedentes estão se apoiando no trabalho dos tribunais anteriores, os costumes, por outro lado, não precisam ter sido formalmente reconhecidos; enquanto os precedentes têm um fato e um momento marcado na história, os costumes se caracterizam por ser *imemoriais*, uma vez que fundamentam uma decisão justamente porque "ninguém lembra o momento em que a questão a decidir foi decidida de outra maneira". (2008, p. 08-09, tradução livre)³⁶.

Além disso, o autor inglês aponta que, quando os precedentes são seguidos – ou mesmo quando não o são pela aplicação das técnicas de *distinguish* ou *overruling* – isso ocorre porque aquele precedente foi submetido a um processo argumentativo racional que sustenta determinada linha de entendimento. Os costumes, por sua vez, não são considerados

³³ Conforme determina a teoria de Goodhart amplamente difundida na doutrina do *stare decisis*, "o juiz alcança uma conclusão a partir dos fatos *tal como ele os vê*. É nesses fatos que ele baseia o seu juízo, e não em quaisquer outros. (...) É pela sua escolha dos fatos materiais que o juiz cria Direito (...). Portanto, para determinar a *ratio decidendi* [*principle of a case*] um primeiro e mais essencial passo é determinar quais foram os fatos materiais em que o juiz baseou a sua conclusão". (GOODHART *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 108-109).

³⁴ Até mesmo porque, ficaria a pergunta, quantas decisões judiciais são necessárias para formar uma jurisprudência que se diga "dominante" sobre determinada matéria e que, portanto, terá o condão de nortear todas as demais decisões no ordenamento jurídico?

³⁵ No original: "The characterization is misleading, because precedents and customs are not only distinct from but may even counter one another: in admitting female members, for instance, an institution might set a precedent which breaks from its custom. In relation to the common law, the characterization might at first seem more appropriate."

³⁶ No original em inglês: "Thirdly, custom differs from precedent in that it may be immemorial: to decide by reference to precedent is to compare the present case with an identifiable earlier event, whereas decisions on the basis of custom often justify an outcome by observing that nobody remembers a time when the question in hand was resolved in any other way".

relevantes pelas razões que encarnam, mas por terem sido amplamente aceitos por uma comunidade específica no passado. (DUXBURY, 2008, p. 9).

E, por fim, Duxbury destaca como um dos principais pontos distintivos entre precedente e costume o simples fato de, conforme já demonstramos no item 2.1 deste capítulo, o direito consuetudinário ser muito anterior à própria doutrina dos precedentes, o que significa que os costumes já existiam como fonte de direito muito antes dos chamados precedentes.

Tal distinção entre precedente e costume assume especial relevância para o presente trabalho porque defendemos aqui que os precedentes judiciais têm força normativa vinculante também em matéria tributária, tendo em vista a exigência de coerência e segurança jurídica no ordenamento, não se tratando de mera *fonte interpretativa* da lei, como advoga parte da doutrina pátria³⁷.

Por fim, a última distinção conceitual que nos cabe fazer nesse tópico se refere à definição de coisa julgada, prevista de forma expressa em nosso ordenamento jurídico no artigo 467 (e seguintes) do Código de Processo Civil ainda vigente (Lei n. 5.869/73), nos termos do qual "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". (BRASIL, 1973).

Tendo em vista a referida definição legal, a primeira distinção que se nota entre coisa julgada e precedentes judiciais é o fato de, embora ambos se relacionem com as ideias de segurança jurídica e proteção da confiança, "o precedente é destinado a garantir a estabilidade [*e coerência*] da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto". (MARINONI, 2013, 138).

Afinal, conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, "a coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso*, assegurando que o benefício outorgado por esse ato jamais lhe será tirado", e nada tem a ver com a previsibilidade ou continuidade de determinado entendimento jurídico no ordenamento em geral, tampouco se pode falar em expectativa de uma decisão em determinado sentido com base na ideia de coisa julgada. (2013, p. 136).

³⁷ Nesse sentido Tércio Sampaio Ferraz Junior argumenta: "Em suma, a jurisprudência no sistema romanístico é, sem dúvida, 'fonte' interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de *costume*" (2007, p. 241-246). Em outros termos, para Ferraz Junior, na prática, a jurisprudência, no sistema romano-germânico, não tem um poder vinculante.

Isso significa que, dentro da doutrina dos precedentes, o poder judiciário até pode modificar/superar entendimento acerca de determinada matéria, mas, ainda assim, essa mudança de entendimento jamais poderá atingir decisão que já esteja acobertada pela coisa julgada³⁸.

Assim, conclui Marinoni, enquanto no respeito aos precedentes a confiança advém da jurisdição [*em sentido lato*] e é depositada nas decisões já tomadas, na coisa julgada a confiança é "atributo do *processo* jurisdicional" e é depositada na "imutabilidade do ato do poder jurisdicional". (2013, p. 137).

Nesse contexto, acrescentamos ainda que, conforme determina a legislação brasileira acerca da matéria³⁹, não fazem coisa julgada "os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva", e nem os fatos, os quais são caracterizados pela própria legislação processual como "o fundamento da sentença" (BRASIL, 1973). Isso demonstra claramente que, embora determinada decisão judicial faça coisa julgada imutável para as partes envolvidas, as *normas adscritas* decorrentes da decisão não o farão, de modo que poderão vir a ser reinterpretadas e até mesmo superadas em outros casos subsequentes - desde que, obviamente, submetidos a uma argumentação racional como se defende neste trabalho.

Ou seja, enquanto a coisa julgada pode dissociar-se da fundamentação jurídica e dos fatos que a integram, o precedente, ao contrário, depende necessariamente dos *fatos materiais* e dos fundamentos que lhe fazem parte.

Nesse contexto, resta ainda mais visível o quanto a doutrina dos precedentes pode ser positiva, pois, ao mesmo tempo em que um precedente judicial vincula os tribunais posteriores, de forma a garantir maior coerência e segurança ao ordenamento, por outro lado as razões que o fundamentam, que não fazem coisa julgada, podem vir a ser superadas no futuro por meio do chamado *overruling*, garantindo assim um importante espaço para a evolução do sistema e do próprio direito.

2.2.2. Força normativa do precedente judicial: precedentes vinculantes x precedentes persuasivos

³⁸ Salvo em caráter excepcional, por meio de ação rescisória, conforme regulada, até a data do depósito da presente dissertação, pelos artigos 485 a 495 do Código de Processo Civil de 1973.

³⁹ Mais especificamente, o art. 469 do Código de Processo Civil vigente, nos termos do qual: "Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo" (BRASIL, 1973).

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, é possível sustentar que os precedentes judiciais possuem força normativa não somente na tradição de *common law*, mas também nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. No sistema brasileiro, por exemplo, os precedentes vieram ganhando reconhecimento não somente pela *praxis* jurisdicional, mas pela própria legislação que vem trazendo de forma positivada inúmeros dispositivos intrinsecamente relacionados à aplicação de normas jurisprudenciais⁴⁰.

⁴⁰ A título meramente ilustrativo, o artigo 103-A da Constituição da República de 1988, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, e os artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973, incluídos pela Lei 11.418/2006, conforme abaixo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja 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.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

Durante um longo período, entretanto, a teoria do precedente vinculante – que defendia que a distinção entre as tradições do *common law* e do *civil law* se encontrava no caráter vinculante ou não do precedente – foi adotada como a principal forma de distinção entre essas tradições. Essa teoria ganhou raízes com o crescimento do argumento de autoridade promovido pelo positivismo jurídico do século XIX. Mas uma teoria tão estrita do precedente judicial não pôde mais prevalecer desde o momento em que o Positivismo Jurídico já não conseguiu mais responder às exigências de legitimação do poder judicial em sua complexidade crescente. (BUSTAMANTE, 2012, p. 117).

Há, ainda hoje, é fato, correntes positivistas que advogam que a força normativa do precedente judicial se funda em um argumento de autoridade. Essas correntes positivistas se demonstram mais profundamente trabalhadas e, não necessariamente, postulam que o fato de a força normativa do precedente se fundar na autoridade implica que apenas em tradições de *common law* esses precedentes são vinculantes.

Dois autores que, contemporaneamente, representam essa tradição positivista são Frederick Schauer e Joseph Raz. Segundo a teoria positivista do direito de Joseph Raz, o fundamento do Direito estaria na autoridade, compreendida como aptidão de modificar os fundamentos/razões para uma determinada ação, ou seja, de modificar aquilo que chama de “razões protegidas” (1979, p. 16). Desse modo, segundo o autor, um indivíduo exerce autoridade e, portanto, possui “poder normativo” se conseguir colocar as suas regras em exercício em determinada sociedade, de modo que as razões que fundamentam essa regra passem a ser consideradas como “razões protegidas”, ou seja, fundamentos fortes e inafastáveis que excluem, por si só, quaisquer razões conflitantes (RAZ, 1979, p. 18).

Em outros termos, o exercício da autoridade para Raz “inclui a aceitação de uma razão inevitavelmente excludente”, de modo que o poder normativo do direito se identifica na medida em que “a existência de uma regra é uma razão para concordar com uma ação e, ao mesmo tempo, para excluir considerações conflitantes” (RAZ *apud* MARTINS 2014, p. 45).

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Entende-se, portanto, que a teoria positivista de Joseph Raz pressupõe que as normas jurídicas se prestam para conformar comportamentos, de modo que “o Direito apresenta-se como um conjunto de normas dotadas de autoridade e exige que todos aqueles aos quais a ele se submetem reconheçam a sua autoridade” (RAZ *apud* MARTINS, 2014, p. 46).

Para Joseph Raz, nesse mesmo sentido, o precedente judicial também é compreendido como uma razão protegida (assim como uma regra disposta em uma lei), ou seja, uma razão determinada pelo Direito para que se faça algo, excluindo-se todas as possíveis demais razões para fazê-lo ou deixar de fazê-lo.

Assim, para Raz, também a força normativa deste precedente se encontra em sua autoridade, ou seja, no fato de ele se postar como uma razão para concordar com determinada ação e para excluir considerações que sejam conflitantes (1979, p. 29;187).

A teoria positivista de Frederick Schauer, relativamente ao precedente, não destoa tanto do que postula Joseph Raz. É que Schauer também enxerga a aplicação dos precedentes como uma forma muito semelhante à aplicação das regras, ao qual ele atribui o nome de modelo de regras. (2002, p. 48).

De acordo com Schauer, regras são generalizações que buscam representar o núcleo semântico do "entrincheiramento instanciado" das suas justificações, de modo que devemos ter acesso apenas à regra e não à sua justificação – que está entrincheirada, ou seja, protegida, resguardada –, sob pena de relativizarmos a um grau absurdo as margens de aplicação – e mesmo de não incidência – de uma determinada regra (2002, p. 53).

Assim, para Schauer, a normatividade – ou “regridade” – da regra, deriva da autoridade do Direito e não de sua justificação, pois, em que pese o fato de esta existir, ela deve estar entrincheirada, ou seja, o acesso a ela deve ser dificultado. Se assim não fosse, para Schauer, conforme suscitado, haveria uma relativização absurda das regras, o que provocaria uma ineficiência do Direito (2002, p. 68).

A aplicação do precedente, para Schauer, como dito, funciona de forma muito semelhante à aplicação de uma regra. O precedente funciona como uma generalização, com o entrincheiramento das justificações para esta generalização. A força deste precedente, ou a sua normatividade, encontra-se no fato de ele representar um peso nas futuras decisões, como um argumento de autoridade (2002, p. 182). O precedente, a partir da autoridade do Direito, então, funciona como uma barreira à justificação e exige de quem pretende transpô-lo um ônus, já que a sua justificativa está entrincheirada (2002, p. 185).

Para Schauer, então, a prática de seguir um precedente significa tomá-lo "pelo seu próprio status – sua fonte e não o seu conteúdo – de precedente como uma razão para decidir a questão posta da mesma forma como foi decidida no passado" (2007, p. 387)⁴¹.

Mas, ainda que diante de teorias contemporâneas do positivismo jurídico, pode-se entender que há certa limitação nesta tradição para determinar quais são, de fato, as razões práticas para que um precedente seja ou não dotado de força vinculante.

Conforme visto no tópico anterior, a título de exemplo, a teoria pós ou não positivista de Dworkin enxerga o caráter vinculante, ou a normatividade, dos precedentes judiciais – em sentido exatamente contrário ao postulado por Raz e Schauer em suas teorias positivistas – na história institucional, ou seja, no conjunto de princípios observados e construídos pelos juízes ao julgar os casos em determinada comunidade política (2010, p. 274).

A busca por uma coerência ou, em outros termos, por uma integridade no Direito, exige exatamente do juiz que ele observe as decisões anteriores não em seus exatos termos, não enquanto uma regra, mas à luz da melhor interpretação que aquelas decisões anteriores procuraram atribuir a determinado princípio em determinado caso (DWORKIN, 2010, p. 274).

Assim, para Dworkin, a vinculatividade ou o poder normativo de um precedente se encontra em sua justificação moral e não em sua autoridade formal. A força normativa do precedente se encontra no fato de o juiz buscar “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (2010, p. 305).

Neste mesmo sentido defendido por Ronald Dworkin, Bustamante defende que "uma teoria normativa dos precedentes judiciais – que pretende ser relevante para a prática jurídica – deve superar as deficiências do Positivismo e sua insuficiência em fixar critérios para entender quais tipos de argumentos e razões devem contar na justificação de uma decisão jurídica". (2012, p. 288). Para o autor, "o Positivismo pressupõe um fosso entre o Direito e a Moral que não existe na prática da argumentação jurídica" (2012, p. 88), pois os argumentos morais desempenham um papel decisivo na atividade de aplicação do Direito, de modo que os discursos jurídicos e a moral podem ser concebidos como fragmentos de um discurso prático, e não como formas absolutamente independentes de argumentação (2012, p. 288).

⁴¹ Tradução livre do original: "Thus, actually to follow precedent is to take a precedent's very status - its source and not its content - as a precedent as a reason for deciding the issue now in the same way and it had been decided in the past".

Abordando a mesma temática, MacCormick sustenta como problema do Positivismo a ausência de resposta à indagação, "que pode ser levantada internamente pelos aplicadores do Direito, sobre se, no caso concreto, se deve ou não considerar uma decisão justificada pelo só fato de ela se fundamentar em normas formalmente válidas". (BUSTAMANTE, 2012, p. 289).

A partir do momento que compreendemos que o Direito não tem apenas um aspecto real - não é apenas um conjunto de normas positivas autoritariamente estabelecidas - mas também um lado ideal - a pretensão de estar ditando uma decisão correta, uma norma individual moralmente justificada -, e a partir do momento em que observamos que na prática o juiz deve combinar ambos os elementos, ou seja, otimizar esses dois aspectos, para o fim de cumprir a pretensão de correção levantada no discurso jurídico [Alexy, 1997-a e 1999], fica claro que a concepção formal de 'fontes do Direito' - apesar de dominante no discurso dos teóricos do Direito em geral [v.g. Vernengo, 1995; Reale 2002; Guastini 1996-a] - não constitui uma descrição adequada da atividade dos participantes no discurso jurídico. O Direito não é um objeto estático e invariável, que sempre tem a mesma estrutura química, como a água. (BUSTAMANTE, 2012, p. 289-290).

Isso, porque, conforme pontua Bustamante, há que se abandonar a ideia de que o direito é criado por uma determinação arbitrária e compreendê-lo melhor como um sistema produzido em conformidade com um sistema moral, atendendo a altos padrões de racionalidade procedimental e com uma inafastável pretensão de universalidade. (2012, p. 123).

Assim, nesse novo contexto, ou sob um novo paradigma jurídico, pode-se afirmar que, com razão, os precedentes são dotados de força normativa não apenas na tradição de *common law*, mas, da mesma forma, na tradição de *civil law*, fundados nos ideais de igualdade, previsibilidade e segurança jurídica na prestação jurisdicional.

A este caráter eminentemente normativo dos precedentes, entretanto, nem sempre é atribuída a mesma força por cada sistema jurídico. Segundo Neil MacCormick, conforme relatado por Bustamante, "a força do precedente em determinado sistema jurídico pode variar em função do contexto institucional, da tradição jurídica, do sistema constitucional (e do direito positivo em geral), e das teorias jurídico-dogmáticas dominantes". (2012, p. 283).

Conforme Bustamante, pode-se tomar as decisões judiciais enquanto normas criadas para uma determinada situação fática com caráter, portanto, concreto, enquanto pode-se enxergar os precedentes enquanto fonte para essas normas concretas. (2012, p. 294). Assim, o autor defende que com base nesse conceito argumentativo das fontes do Direito, pode-se sustentar a existência de "diferentes graus de *vinculatividade* dos materiais que os juristas

utilizam na justificação de suas decisões, dependendo da aceitabilidade racional e da institucionalização desses materiais". (2012, p. 294-295).

Nesse contexto é que Bustamante defende que as fontes de direito podem ter diferentes graus de *vinculatividade*: podem ser chamadas de fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*), fontes obrigatórias em sentido frágil (*should sources*) e fontes permitidas (*may-sources* ou precedentes persuasivos). No discurso de aplicação, cada fonte terá um peso concreto a depender da ponderação do aplicador do direito. (2012, p. 296-297).

Dentro deste contexto, os precedentes podem ser classificados em três diferentes modalidades: primeiramente, como precedentes obrigatórios em sentido forte, que são aqueles que os tribunais inferiores devem, inevitavelmente, observar; em segundo lugar, como precedentes obrigatórios em sentido fraco, que são aqueles que os tribunais devem considerar em suas decisões, mesmo que não sigam estritamente o que por eles determinado (BUSTAMANTE, 2012, p. 301); e, por último, como precedentes meramente persuasivos, que são vistos como fontes permitidas, mas não obrigatórias do Direito, ou seja, que potencializam a qualidade de uma decisão judicial, sem ser, necessariamente, requisito *sine qua non* dela. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 299-302).

Propondo um modelo meramente dúplice, Marinoni também destaca essa distinção entre os precedentes pelo seu grau de vinculatividade:

O precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação. Aliás, a desconsideração do precedente está, no mínimo, no mesmo plano do descaso em relação à prova, devendo gerar a nulidade da decisão.

Enfim, apenas há eficácia persuasiva quando o precedente deve ser considerado pelo órgão judiciário, o que significa poder rejeitá-lo, mas sempre com a adequada justificativa. Note-se que tal rejeição, devidamente justificada, pode consistir na negação do fundamento da decisão anterior, ao contrário do que ocorre quando o precedente tem eficácia vinculante. (2013, p. 116).

Além da distinção em relação ao grau de vinculatividade, Bustamante defende que as fontes do Direito também são classificadas quanto às suas razões, de forma que podem ser justificadas ou por serem razões dotadas de autoridade (posição institucional) ou por serem razões substantivas ou materiais (importância material). (2012, p. 297).

Assim, segundo Bustamante, a caracterização dos precedentes como fontes do Direito cuja vinculação pode variar nos níveis descritos acima se adéqua ao imposto pela argumentação jurídica (2012, p. 301), em cuja ponderação desses fatores é que se poderá, em cada caso concreto, determinar em qual desses níveis se encontra a força de um dado precedente judicial. (2012, p. 302).

Utilizando-se da famosa metáfora da "interpretação como tradução"⁴² de Baldassare Pastore, Bustamante busca retratar o processo de compreensão das normas adscritas de decisões judiciais, de forma que a analogia representaria o procedimento de extração da *ratio decidendi* de um caso concreto e sua posterior aplicação como norma adscrita em um outro caso. Afinal, como explica Bustamante, esse procedimento não implica apenas extrair o conteúdo daquela norma (*ratio*) enquanto um pressuposto suficiente para justificar a decisão tomada, mas muito mais que isso, é também um processo de "recontextualização dessa norma a um novo contexto fático, jurídico e argumentativo, onde deve ser determinado seu valor em relação às outras normas e argumentos eventualmente encontrados nesse novo contexto". (2012, p. 305-306).

Além disso, o respeito aos precedentes judiciais no Estado Democrático de Direito é justificado não apenas por argumentos práticos e filosóficos, mas também por argumentos institucionais, os quais, segundo o autor, detêm prioridade *prima facie* sobre os demais argumentos práticos, cuja força advém tão apenas da correção do seu conteúdo. (BUSTAMANTE, 2012, p. 306).

Utilizando-se de conceitos trazidos por Neil MacCormick (1998, 180-184), Bustamante elenca os fatores institucionais capazes de determinar a força de uma norma jurisprudencial. O primeiro fator é o *contexto institucional* – representado pelo desenho institucional dos órgãos jurisdicionais que, de forma geral, se mostram hierarquizados independentemente do sistema jurídico de origem, e nos termos do qual quanto maior o nível hierárquico da corte, maior será o nível de autoridade conferido às suas decisões e, portanto, maior será a força do precedente judicial.

Pode-se falar portanto que, via de regra, os precedentes das cortes superiores - quando há uma relação hierárquica direta entre os órgãos jurisdicionais em questão - valem como fontes obrigatórias em sentido frágil (*should-sources*) independentemente da existência de uma norma expressa no ordenamento jurídico que estabeleça a obrigação em sentido frágil porque é uma obrigação não apenas superável no caso concreto (*defeasible*) - quando o julgador estiver diante de situações excepcionais que justificam a redução teleológica da norma, através da criação de exceções gradualmente fixadas em discursos de aplicação das normas adscritas de precedentes judiciais -, mas também passível de cancelamento, afastamento ou superação definitiva (*overruling*). Nesse último caso, o princípio da inércia exige que o afastamento do precedente encontre justificação racional: 'Quem quer que deseje se afastar de um precedente detém o ônus da argumentação'. (...) A

⁴² "Interpretar significa, portanto, traduzir um significado de um contexto (histórico, cultural) a outro, em um processo de restituição de sentido que é ao mesmo tempo uma promoção de sentido. A problemática hermenêutica, desse modo, procede daquela particular relação entre texto e contexto, que faz possível que o sentido de um texto seja considerado capaz de descontextualizar-se, ou seja, de se liberar do seu contexto inicial para se recontextualizar em uma nova situação, mas conservando uma identidade semântica". (PASTORE, 2000, p. 142).

força do precedente é demonstrada com mais clareza no caso de seu afastamento, mas pode também ser reconhecida no caso em que o precedente é seguido. O fato de [o ato de] seguir o precedente não ser normalmente combinado com uma argumentação substancial - enquanto o ato que desvia dele é - demonstra que os precedentes têm uma força jurídica própria.' [Alexy/Dreier 1997; 30]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 309).

O segundo fator, a *tradição jurídica* em que o aplicador do Direito está inserido, embora atualmente se possa dizer que houve um enfraquecimento das diferenças entre as tradições jurídicas de *civil law e common law* – sobretudo em razão do obscurecimento do Positivismo, segundo Bustamante –, é um dos fatores que podem contribuir para o peso/força de um precedente judicial.

Segundo MacCormick, a principal diferença entre os dois sistemas seria:

(...) “a forma de se entender as normas jurídicas”, pois, segundo o autor, após a codificação nos sistemas de *civil law* “a doutrina dominante é de que o Direito é essencialmente produto da vontade legislativa, de sorte que a norma jurídica em sentido próprio e autêntico é aquela contida em uma seção de código ou em certa porção da legislação especial. Em contraste, nos sistemas de *common law* o Direito é compreendido como apenas em parte determinado pela legislação, que tem a função de clarificar ou emendar e desenvolver o corpo de Direito preexistente (...), de caráter originalmente costumeiro, e é ou constituído ou ao menos evidenciado pelas decisões dos tribunais” [MacCormick, 1998-a, p.181]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 311-312).

No entanto, Bustamante reitera que, apesar dessas pequenas diferenças apontadas por MacCormick, verifica-se atualmente uma tendência de convergência entre os dois sistemas, de forma que em ambos há grande espaço para a criação judicial do Direito, e em ambos os juízes têm o “dever de justificar esses atos de criação judicial do Direito”. (2012, p. 313). Para o autor brasileiro:

as diferenças que ainda existem entre os dois sistemas dizem mais respeito ao diferente tipo de atividade realizada pelo legislador que propriamente ao método judicial e aos argumentos que podem ser utilizados para justificar as decisões. (...) nos sistemas de *civil law* há mais espaço para a criação material (de normas) no caso concreto por meio da especificação de regras jurídicas preexistentes, ao passo que no *common law* há uma maior frequência de criação de regras particulares no caso concreto devido à não-existência de regras preestabelecidas (lacuna). (2012, p. 313).

Em outras palavras, significa que na tradição do *civil law* predomina o precedente chamado interpretativo, enquanto que na tradição do *common law* predomina o que se chama de precedente integrativo, ou seja, aquele que cria normas para suprir lacunas. De toda forma, essa diferença, que atualmente permanece apenas em termos de grau, tende a reduzir cada vez mais, tanto pela força que os princípios vêm assumindo nos sistemas jurídicos de *civil law*,

como, por exemplo, pela chamada "constitucionalização do *common law* através dos tratados internacionais que estabelecem normas gerais para os Estados-membros". (BUSTAMANTE, 2012, p. 313). E, ainda que essas diferenças não estivessem reduzindo, o fato é que o procedimento hermenêutico de construção de precedentes – seja ele integrativo, seja ele interpretativo – é basicamente o mesmo: em ambos "os mecanismos que a teoria da razão prática estabelece para justificar as decisões (como as regras de universalizabilidade, imparcialidade, justificabilidade, etc.) são basicamente os mesmos". (2012, p. 313).

O terceiro fator institucional elencado por Bustamante é a *estrutura constitucional*, entendida como fundamental para determinar a força normativa de um precedente judicial. A *estrutura constitucional (constitutional framework)* pode ser definida por três principais elementos. O primeiro é constituído pelas relações existentes entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, de forma que, conforme pontua Bustamante, "quanto mais amplos forem os poderes do tribunal para realizar o *judicial review*⁴³, mais força terá o precedente no sistema jurídico em questão". (2012, p. 315). O segundo elemento é a *autocompreensão do Poder Judiciário quanto à sua atividade*, de forma que os sistemas jurídicos em que os juízes se enxergam como produtores de normas gerais para as cortes subordinadas tendem a atribuir maior força normativa ao precedente judicial, ao passo que nos sistemas jurídicos em que os juízes consideram-se como meros aplicadores do direito e não se reconhecem como agentes produtores de normas gerais e abstratas tendem a enxergar o precedente como um argumento meramente persuasivo na justificação das decisões, sem força vinculante. E o último elemento – considerado por Bustamante como o mais relevante – encontra-se nas normas do direito positivo acerca da força dos precedentes, ou seja, o *amparo institucional para o stare decisis*. (2012, p. 315-316).

Após um levantamento das principais normas positivadas no ordenamento brasileiro acerca de precedentes judiciais⁴⁴, Bustamante concluiu que "o Direito brasileiro apresenta uma legislação tão complexa sobre o precedente judicial que abarca praticamente todas as diferentes intensidades ou graus de eficácia imagináveis para o *case law*, ou seja, desde o precedente vinculante em sentido forte ao meramente *persuasivo*". (2012, p. 314-329).

⁴³ Controle de Constitucionalidade.

⁴⁴ Importante considerar que referido levantamento foi feito pelo Professor Thomas Bustamante em meados de 2005/2006, antes ainda da introdução no Código de Processo Civil dos artigos 543-A, 543-B e 543-C, que trazem ao ordenamento os institutos da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos, que contribuíram sobremaneira para reforçar a força normativa dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Da mesma forma, o levantamento também foi anterior à promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), que, de sobremaneira, impõe um reconhecimento legislativo da força normativa do precedente judicial.

Mas há, além dos fatores institucionais que influenciam na força dos precedentes judiciais, também aqueles fatores extrainstitucionais (ou não necessariamente institucionais). São aqueles fatores que detêm uma "capacidade intrínseca para justificar, do ponto de vista argumentativo, e motivar, do ponto de vista fático, a ação dos aplicadores do Direito", podendo fundamentar assim a adesão a um precedente judicial. (BUSTAMANTE, 2012, p. 330).

Entre estes fatores extrainstitucionais, destaca-se, primeiramente, as “concepções jurídico-teóricas acerca do Direito e do discurso jurídico”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 331). De fato, queira ou não, as perspectivas teórico-jurídicas adotadas pelos participantes do discurso jurídico de uma determinada comunidade influem diretamente na forma através da qual enxergarão o precedente e, via de consequência, a sua força normativa. (BUSTAMANTE, 2012, p. 331). O simples fato de uma determinada comunidade adotar, em sua maioria, uma tradição positivista, ou uma tradição jusnaturalista, ou, ainda, uma tradição realista já implica, necessariamente, em um diferente grau de vinculatividade do precedente judicial.

À guisa de exemplo, como se viu há pouco, a adoção de uma tradição não positivista do Direito como aquela advogada por Ronald Dworkin implicaria em postular que a vinculatividade do precedente se encontra em sua justificação – o que afastaria, e.g., a possibilidade de existência de um precedente injusto ou irracional –, ao passo que a adoção de uma tradição positivista do Direito como aquelas advogadas por Raz e Schauer implicaria em defender que a força vinculante do precedente judicial está na autoridade da regra por ele criada – e, portanto, seria supostamente possível, a partir da adoção desta tradição, a aceitação de um precedente injusto ou irracional.

A partir da assunção deste fator extrainstitucional como relevante, vê-se que, e.g., então, um precedente injusto ou irracional poderia vir a ter vinculatividade em um sistema jurídico que adote a tradição do Positivismo Jurídico, enquanto essa força vinculante do precedente estaria de sobremaneira prejudicada em um sistema jurídico que adote a tradição do Pós-Positivismo Jurídico.

Em segundo lugar, pode-se entender como fatores extrainstitucionais que determinam a força de um precedente aqueles “fatores normativo-estruturais” conformados pelas características das normas decorrentes da formação de um precedente judicial. (BUSTAMANTE, 2012, p. 338). Entre estas características, pode-se enumerar diversas: o grau de generalidade, a sua estrutura (de regra ou princípio), a qualidade e a coerência da

justificação desenvolvida na decisão para a construção da norma do precedente. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 338-367).

Por fim, Bustamante indica como fator extrainstitucional a determinar a vinculatividade de um precedente a sua correção substancial. Por óbvio, para levar em consideração a correção substancial da decisão-paradigma enquanto fator determinante de seu caráter vinculante, Bustamante parte de uma tradição não-positivista do Direito, que desconsidera – ao contrário do que fazem das teorias positivistas – as decisões judiciais irracionais, injustas ou inaceitáveis à luz de uma argumentação jurídica.

Com razão:

A partir do momento em que se reconhece a tensão entre facticidade e validade que é imanente ao Direito – a tensão entre positividade e correção das suas normas –, fica claro que um precedente injusto ou irracional não merece e nem deve ser seguido. Se a própria finalidade da técnica do precedente é racionalizar o Direito e contribuir para a correção dos seus atos de aplicação, não faz sentido respeitar o precedente por puro apego à tradição, por mera inércia e incapacidade de uma reflexão crítica voltada para a revisão de normas adscritas defeituosas por vício de incorreção. (BUSTAMANTE, 2012, p. 368).

Assim, através de toda esta construção, pode-se defender que os precedentes detêm força vinculante mesmo em sistemas jurídicos de tradição *civil law*, mas que essa força vinculante é variável e depende de diversos fatores.

2.3. Elementos do Precedente Judicial: *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Pois bem, se já se alcançou a conclusão de que os precedentes podem deter poder vinculante, mesmo em sistemas jurídicos pertencentes à tradição do *civil law*, cabe, então, arguir onde se encontra essa força vinculante ou, ainda, saber de que forma se dá essa vinculação.

Tradicionalmente, os precedentes judiciais são divididos em duas frações básicas: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A conceituação não é, de forma alguma conclusiva, conforme será analisado, mas, regra geral, entende-se por *ratio decidendi* (ou *holding* para o Direito norte-americano) a essência ou o núcleo do argumento encontrado naquele precedente judicial e, por *obiter dictum*, os aspectos marginais abordados por aquele julgado e que não necessariamente se prestam especificamente à justificação da decisão.

A dificuldade de se definir *ratio decidendi* é muito bem sublinhada por Marinoni:

Não há como esquecer que a busca de definição de razões de decidir ou de *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. No *common law*, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*.

A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial. (2013, pp. 220-221).

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, a *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. (2012, p. 123).

Julius Stone, em seu notório artigo *The ratio of the ratio decidendi*, sustentou que a *ratio decidendi* pode ter um sentido descritivo e um sentido prescritivo. Em um sentido descritivo, a *ratio decidendi* descreve o processo de argumentação através do qual o tribunal alcança aquela determinada decisão, enquanto que, em um sentido prescritivo, a *ratio decidendi* é aquilo que identifica e delimita a argumentação que os demais tribunais serão compelidos a observar futuramente. (1959, p. 600).

Neste mesmo sentido, para Schauer, “em uma perspectiva tradicional, o *holding* (...) é a regra legal que determina o desfecho do caso. (2009, p. 54)⁴⁵. Enquanto que “tudo além das afirmações dos fatos e das afirmações do *holding* é *obiter dictum* – literalmente, em latim, algo dito de passagem” (...) (2009, pp. 55-56)⁴⁶.

Mas essa diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não é tão facilmente realizada pelo juiz no momento da adjudicação e muito menos pelos juízes posteriores que se veem compelidos a aplicar o precedente judicial. Conforme muito bem descreve Neil Duxbury:

A *ratio decidendi* pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. Disso não decorre que a *ratio decidendi* de um caso deve ser a argumentação jurídica. A argumentação jurídica pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que a argumentação, e em muitos casos, pode haver uma argumentação jurídica que não integra a *ratio*, mas os *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é literalmente o que é dito de passagem. (DUXBURY, 2008, pp. 67-68)⁴⁷.

⁴⁵ Tradução livre do original: “On the traditional account, the holding (...) is the legal rule that determines the outcome of the case”.

⁴⁶ Tradução livre do original: “(...)everything other than the statements of the facts and the statement of the holding is an obiter dictum—literally, in Latin, some thing said in passing (...)”.

⁴⁷ Tradução livre do original: “Ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta. An obiter dictum is literally a ‘saying by the way’.

Vê-se, portanto, que a identificação da *ratio decidendi* no caso concreto pode não ser uma operação muito fácil. De acordo com a definição inglesa, *ratio decidendi* é entendida enquanto parte vinculante de uma decisão, que se distingue dos chamados *obiter dicta*, que representam “os discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 252).

Para Bustamante, a própria necessidade de distinguir *ratio decidendi* dos chamados *obiter dicta* já demonstra que a teoria inglesa dos precedentes judiciais é uma teoria fortemente positivista, pois tem como base a ideia de que os juízes criam os “*case law*” por sua própria autoridade e possuem ampla liberdade motivacional e, justamente por isso, é que seria necessário separar o que de fato é indispensável e vinculante para o futuro juiz. (2012, p. 52).

Nesse contexto, Bustamante aponta que um problema decorrente dessa teoria de influência positivista é que levou a uma abordagem muito estreita dos precedentes judiciais, segundo a qual muitas vezes:

(...) juristas do *common law* concordavam com a tese de que o elemento vinculante de uma decisão judicial está no ‘ato de autoridade’, e que para cada decisão judicial é possível encontrar uma única *ratio decidendi* que liga os fatos do caso a um conjunto definível de consequências jurídicas em uma estrutura de regra jurídica. (...) O debate gira, portanto, em torno do melhor método para se determinar a *ratio decidendi* dos casos que valem como precedentes. (2012, p. 253).

No entanto, o fortalecimento das teorias da argumentação jurídica – que estudam o Direito a partir do que Hart vai chamar de perspectiva do participante⁴⁸ e buscam aproximar o direito real do direito ideal – fez com que referida teoria inglesa positivista tradicional deixasse de ser alternativa viável para interpretação e aplicação do direito judicial. (BUSTAMANTE, 2012, p. 254).

Isso a começar pelos próprios fundamentos da obrigação de seguir precedentes – seja no sentido fraco (de levar em consideração), ou no sentido forte (de obrigação de decidir segundo o precedente). Se antes o fundamento para seguir precedentes era institucional, uma

⁴⁸ Hart propõe a diferenciação entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo do direito. Para o autor inglês, essa distinção se presta a destacar o papel dos participantes do direito e o papel dos teóricos do direito. O ponto de vista interno do direito (ou a perspectiva do participante, que internaliza as regras do sistema jurídico) é aquele adotado pelas pessoas que participam da criação, alteração e aplicação do direito. Já o ponto de vista externo é aquele que, segundo a teoria tradicional hartiana, deve ser adotado pelo teórico do direito. É o ponto de vista de um observador, que pode perceber a conduta de uma sociedade e analisá-la, mas que, entretanto, não participa daquele sistema jurídico, pois não teve, necessariamente, que aceitá-lo, que internalizar aquelas regras que ele está observando. (HART, 1994, pp. 98-99).

vez que os precedentes constituíam direito positivo produzido formalmente por autoridade competente para tal, agora há também razões morais que fundamentam o uso dos precedentes, que passam a ser vistos como exigência da própria ideia de razão prática. Ou seja, não apenas a parte dispositiva das decisões passa a ter efeito vinculante, mas também a sua fundamentação, porquanto o modelo de Estado Constitucional contemporâneo exige “que todo ato de aplicação judicial do Direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 256).

Não é por outra razão, inclusive, que, conforme será analisado no próximo tópico, hoje se reconhece a possibilidade do fenômeno de *overruling*, quando uma regra jurisprudencial deixa de ser aplicada por não ser mais moralmente justificada dentro do ordenamento. Esse fenômeno não deriva da perda da autoridade da norma criada pelo precedente, mas sim pela superação de sua justificação.

Vê-se, então, que, com esta superação do marco teórico-filosófico do positivismo jurídico, inevitavelmente, também, houve uma flexibilização da tradicional distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, uma vez que já não se considera que o precedente tem autoridade absoluta e invariavelmente vinculante, mas, para além da vigência prática, o que de fato é necessário a um precedente é aceitabilidade racional. Com efeito, se até então os juristas defendiam a máxima de Goodhart de que a razão que o juiz confere à sua decisão nunca é a parte vinculante de um precedente, com essa ruptura, passou a prevalecer a máxima de MacCormick segundo o qual “é na enunciação das *opinions* para o fim de justificação das decisões que os juízes estabelecem precedentes e constroem o *case law*”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 256).

Mesmo que na maioria dos sistemas jurídicos ainda haja espaço para certas decisões que têm um elevado grau de vinculatividade – inclusive nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica [Baade 2002] – há sempre lugar – mesmo na Inglaterra – para discussões e revisão de regras há muito estabelecidas e consagradas em precedentes judiciais. (BUSTAMANTE, 2012, p. 256).

Mas, conforme esclarece Bustamante, abrandar a distinção entre os referidos elementos da decisão não pode implicar absoluta renúncia “ao esforço de determinar com clareza a *ratio decidendi* de um precedente antes de decidir sobre a sua aplicação a casos futuros”. (2012, p. 257).

Embora alguns autores – como o há pouco citado Julius Stone – defendam que a chamada *ratio decidendi* seria uma categoria de referência ilusória – já que podem se manifestar em vários níveis de generalidade, deixando à corte posterior a escolha de quais

fatos vão ser efetivamente compreendidos como a *ratio* vinculante de uma decisão –, Bustamante afirma que o ponto de partida para uma Teoria dos Precedentes mais fecunda é, a partir do momento que se identifica a *ratio decidendi* como uma norma universalizável que pode ser extraída de um precedente judicial, reconhecer que, na maioria dos casos, é possível encontrar não apenas uma, mas diversas *rationes*, com diferentes graus de vinculatividade em um determinado precedente. (2012, pp. 257-258).

Segundo Bustamante, tendo em vista que precedentes judiciais são textos dotados de autoridade que carecem de interpretação – assim como enunciados legislativos – e considerando que é trabalho do aplicador do Direito extrair o elemento vinculante do caso a ser utilizado como paradigma, a pergunta inicial de uma teoria normativa do precedente judicial deve ser: “O que deve contar como precedente judicial para fins de aplicação no raciocínio jurídico”? Ou seja, o que seria efetivamente a *ratio decidendi* e quais os critérios para sua determinação? (2012, p. 259).

Como visto, para a teoria positivista tradicional, que floresceu na Inglaterra no século XIX, o que torna o *case law* relevante é apenas a autoridade do juiz, motivo pelo qual tende-se a buscar um conceito mais estrito possível de *ratio decidendi*, já que esta – e somente ela, nunca um *obiter dictum* – terá o condão de vincular a autoridade judicial que, por sua vez, fará “lei” para os que o sucederão. Autores como Oliphant e Goodhart, por exemplo, defendem que o que constitui um precedente é o que as cortes fizeram em resposta ao estímulo dos fatos, e não necessariamente a fundamentação dada pelo juiz. Ou seja, a regra pra se descobrir a *ratio decidendi* seria buscá-la nos fatos materiais tais como vistos pelo Juiz e não nas razões em que a decisão tenha sido fundamentada, pois “é pela sua escolha dos fatos materiais que o juiz cria Direito”. (Goodhart *apud* Bustamante, 2012, p. 260). Conforme assenta Marinoni, tratando da obra do positivista tradicional britânico, “para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir”. (2013, p. 224).

No entanto, segundo Bustamante, mesmo partindo dessas premissas, o conceito de *ratio decidendi* permanece aberto, dotado de ambiguidade e fadado à indeterminação. (2012, p. 261).

É que, se é certo que os juízes têm algum poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos, também é certo que nessa aplicação os juízes devem estar vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas. Ou seja, embora nem sempre seja possível uma única resposta correta a partir dos princípios jurídicos, o fato é que "na aplicação

judicial do Direito há tanto uma margem de criação quanto uma esfera de vinculação ao Direito preexistente". (BUSTAMANTE, 2012, p. 265).

Segundo Bustamante, sempre haverá uma margem de ação estrutural para o legislador: assim como entendemos que “o texto constitucional estabelece o marco ou moldura dentro do qual se deve construir a norma jurídica que irá decidir o caso concreto, o mesmo se pode dizer para o juiz que estabelece um precedente judicial” (2012, p. 265), porquanto “também terá um poder de criação do Direito dentro do marco definido pelo ordenamento jurídico”. (2012, p. 265). Afinal, se aceitamos que na interpretação jurídica o juiz pode escolher um dos conteúdos normativos possíveis, estamos reconhecendo que ele de fato está dotado de um poder normativo geral, ainda que limitado. (2012, p. 265).

Mesmo assim, Bustamante atenta para o fato de que reconhecer a atividade criativa do juiz não implica em plausibilidade das teorias positivistas, pois, segundo o autor, o erro dessas teorias encontra-se na falácia de que o juiz deve adotar o precedente única e exclusivamente em razão da autoridade daquele que o estabeleceu, sobretudo naqueles casos em que não há qualquer exigência de respeito aos precedentes, ou qualquer ato de autoridade que lhes conceda força vinculante, quando o equívoco das teorias positivistas pode ser melhor observado. Afinal, a exigência de respeito ao precedente – pelo precedente em si, e não por ser decisão tomada por autoridade superior – pressupõe uma exigência de autocongruência não somente com o passado – decisões anteriores –, mas também – e, sobretudo – com o futuro, sabendo que uma decisão tomada com um bom critério de resolução valerá também para a solução de casos posteriores. (2012, p. 267).

De fato, conforme defende Gáscon Abellan:

Qualquer que seja a sua sorte em determinado sistema normativo e jurisdicional, respeitar o precedente judicial constitui exigência de uma argumentação que se pretenda racional, pois encarna nada menos que um dos princípios de correção kantianos, qual seja, o da universalização. Dito de outro modo, o papel que a regra de comportar-se segundo os princípios que poderíamos querer como lei universal desempenha no âmbito da moralidade é o mesmo papel que o respeito ao precedente desempenha no âmbito jurídico (1993:11). (Gáscon Abellan *apud* Bustamante, 2012, p. 268).

Ou seja, segundo os autores Bustamante e Gáscon Abellan, o fundamento do dever de respeitar o precedente não está apenas na autoridade, mas ao contrário, decorre principalmente da exigência de universalizabilidade – núcleo da concepção kantiana de racionalidade prática –, justamente por ser essa racionalidade o critério mais seguro de correção de uma norma. (2012, p. 270).

De todo modo, segundo Bustamante, a dificuldade para determinar a *ratio decidendi* decorre da pressuposição de que haveria apenas uma *ratio* em cada caso, premissa que somente seria possível para a tese positivista de que as razões dadas pelo juiz, enquanto autoridade, são irrelevantes para determinar a regra jurisprudencial. Uma teoria que supera o Positivismo Jurídico e sua exasperação da autoridade conclui que é nas razões que os juízes dão para justificar suas definições – ou seja, na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais – que devem ser buscados os precedentes. (2012, p. 270).

Segundo Bustamante, cada qual das normas adscritas – ou seja, as normas decorrentes da formação de um precedente – é uma *ratio decidendi* do caso paradigma, e é justamente por isso que o autor defende a possibilidade de se falar em uma pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso concreto. De acordo com Bustamante:

haverá uma *ratio decidendi* útil para a solução de casos futuros não apenas quando a corte decida determinada questão pontual acerca das consequências do caso particular – tal como “x deve fazer A” -, mas também quando essa mesma corte tenha estabelecido – com clareza e de forma justificada – uma regra geral que possa abarcar, além de x, os indivíduos y, z e outros que se achem na mesma situação. (2012, p. 271).

Assim, os demais princípios enunciados na sentença podem não ser necessários, mas suficientes para a decisão, e por isso serão *rationes decidendi* ulteriores em relação à primeira, mas não necessariamente *obiter dicta*. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 270-272).

Compreende-se melhor, dessa forma, os desabafos de alguns doutrinadores do *common law*, quando se deparam com questões ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, que tecnicamente são consideradas *obiter dicta* apenas por não constituírem passo necessário ou suficiente à resolução do caso. (MARINONI, 2013, p. 244).

Vale frisar que esta posição adotada por Bustamante não é aquela mesma adotada pelo Positivismo Jurídico tradicional inglês que permite, excepcionalmente, a existência de duas *rationes decidendi* em um mesmo precedente. Sobre esta posição, Marinoni explica que “no *common law*, fala-se em julgado com duas *rationes*. Porém, é necessário deixar claro que, nestes casos, cada uma das *rationes* é considerada necessária ou suficiente para se chegar à solução do caso”. (2013, p. 239). Com efeito, conforme suscitado acima, para Bustamante, cada uma das possíveis *rationes decidendi* são simplesmente enunciados jurídicos universais que se podem extrair das premissas normativas adotadas para a justificação do caso em análise, independentemente de serem suficientes para alcançar a decisão. (2012, pp. 274-277).

Outra situação possível é a de, ao final de um julgamento, uma corte atingir o consenso sobre a solução a ser dada, mas divergir em relação à norma geral concretizada no caso que justifique a decisão, ou seja, a *ratio decidendi*. Nesses casos, considerando que não há *ratio decidendi* se a maioria dos juízes não pronunciar a mesma *ratio decidendi*, não se pode, portanto, falar em precedente da corte acerca das normas gerais adscritas para aquele caso, pois, quando a fundamentação mostra-se divergente – convergente no dispositivo e divergente na motivação –, tem-se uma decisão "não-vinculante no que concerne à solução dada ao caso". (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 178).

No entanto, é possível falar em uma "decisão comum constante na norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas". (BUSTAMANTE, 2012, p. 273) e, portanto, pode-se retirar a *ratio decidendi* da opinião de um juiz, a qual poderá ser utilizada como fundamento de um caso futuro, embora revestida de menor autoridade. Enfim, segundo Bustamante, "o que importa para determinar o grau de autoridade de um precedente em um órgão colegiado é o reconhecimento da norma adscrita a ser utilizada como precedente em casos futuros, não necessariamente o conteúdo concreto da decisão citada". (2012, p. 273).

Assim, embora a teoria clássica do precedente judicial – de forte influência positivista – defendesse anteriormente que "só valem como precedentes aquelas decisões que formam a parte dispositiva da decisão judicial" (BUSTAMANTE, 2012, p. 274), hoje se verifica – tanto pela prática das cortes, como pela doutrina mais contemporânea – que não apenas as decisões pelo só fato de serem decisões têm força de precedente, mas também os fundamentos e razões que tenham sido objeto de consenso no processo decisório.

Tendo em vista que a coerência de um sistema jurídico é considerada um dos elementos da ideia de racionalidade, uma teoria dos precedentes judiciais que busque contribuir para referida coerência deve impor que os juízes extraiam do precedente a maior quantidade possível de enunciados gerais e universais, em observância aos chamados princípios de coerência definidos por Alexy e Peczenick: "(1) quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se agir de modo que a teoria seja expressa em tantos enunciados quantos seja possível; (2) quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se agir de modo a que a teoria seja expressa em tantos conceitos gerais quanto seja possível". (ALEXY; PECZENICK, 1990. 140).

Ou seja, segundo Bustamante:

(...) o uso de precedentes na argumentação jurídica apenas poderá reivindicar coerência se os conceitos e normas gerais empregados na justificação de um caso X puderem ser também empregados na solução do caso Y e de todos os demais que se apresentem como semelhantes nos aspectos considerados relevantes pelas normas adscritas na enunciação das razões ou fundamentos da decisão tomada no caso X. (2012, p. 276).

Nesse contexto, uma teoria normativa dos precedentes judiciais que se pretende contemporânea deve revisitar os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A *ratio decidendi*, para compreendê-la de forma mais ampla que tradicionalmente se fez nos sistemas de *common law*, para abranger todas as normas adscritas que podem ser encontradas na fundamentação das decisões judiciais, ainda que em diferentes graus de generalidade e, quanto ao *obiter dictum*, tendo em vista que "a questão da força ou vinculatividade dos precedentes é uma questão de graus" (BUSTAMANTE, 2012, p. 277), deve-se superar a contraposição de *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, ao invés disso, falar indistintamente em várias *rationes decidendi*, as quais variarão apenas em relação à "força ou eficácia de cada *ratio* ou norma adscrita invocada como precedente judicial no discurso jurídico". (BUSTAMANTE, 2012, p. 277).

Referida dicotomia entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* já vinha, inclusive, sendo questionada anteriormente por outros autores, tais como Michele Taruffo (1994, p. 415), segundo o qual as referidas distinções "são provavelmente muito simplistas e redutivas, além de padecerem de incerta aplicação" e Francesco Galgano (1999, p. 219), segundo o qual em sistemas de *civil law*, nos quais a própria *ratio decidendi* tem eficácia apenas persuasiva – a mesma concedida aos *obiter dicta* nos sistemas de *common law* –, não se legitima uma distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, já que ambas são dotadas de valor apenas persuasivo.

Segundo Bustamante, embora hoje já se reconheça cada vez mais a força vinculante de precedentes em sistemas de *civil law* – como por exemplo as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade no Brasil –, é equivocado supor que a força ou vinculatividade de um precedente – tanto no *civil law* como no *common law* – possa ser resolvida por meio de uma alternativa tudo-ou-nada. (2012, pp. 276, 277).

Assim, Bustamante propõe que a reconstrução da *ratio decidendi* seja feita por meio de uma "elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial" (2012, p. 278), com objetivo principal de individualização da regra. Utilizando essa ferramenta analítica, Bustamante defende que seguir um modelo silogístico seria adequado para tal, uma vez que "decompõe claramente todos os passos seguidos na

argumentação judicial e explicita cada uma das normas adscritas seguidas pelo juiz no caso paradigmático". (2012, p. 278).

O autor ressalva, porém, que a defesa de que o conteúdo das sentenças seja construído como um raciocínio do tipo silogístico não implica que "o raciocínio decisório ou o raciocínio justificatório [de uma decisão] sejam, de fato, raciocínios do tipo silogístico". (2012, p. 278). Desse modo, seguindo essa metodologia, o autor defende que seria possível alcançar a situação desejada por MacCormick, de que as normas adscritas extraídas dos precedentes judiciais sejam enunciadas sob a forma de enunciados universais do tipo "sempre que se verifiquem os fatos operativos (OF), então, devem se aplicar as consequências normativas (NC)." (BUSTAMANTE, 2012, p. 278-279).

Bustamante conclui que a estrutura do silogismo jurídico, "apesar de imprescindível, não seja suficiente para justificar aquela decisão sobre um caso concreto que não deriva logicamente do Direito." (2012, p. 281). Essa forma de reconstruir os argumentos judiciais é importante para identificar "a decisão judicial não como uma única regra, mas como uma cadeia de razões" (2012, p. 282) e, portanto,

(...) podemos visualizar as decisões judiciais não como um silogismo, mas como uma série de silogismos onde, por exemplo, o enunciado que está na conclusão de um raciocínio interpretativo sobre uma norma (um silogismo interpretativo) é ao mesmo tempo a premissa maior de um silogismo em que os fatos relevantes para a justificação da decisão formam a premissa menor. Portanto, em cada caso nós não iremos encontrar uma, mas várias rationes diferentes. O problema que ainda permanece não é como encontrar a (única possível) *ratio decidendi*, mas qual peso ou força nós devemos atribuir à *ratio decidendi* que está sendo usada como uma norma adscrita no caso presente. Trataremos desse problema na seção que segue. (2012, p. 282).

Isso significa que, uma vez proferida uma decisão e firmado um entendimento para determinada matéria – entendimento este fruto de uma argumentação jurídica razoável e bem fundamentada –, cria-se uma expectativa no ordenamento de que referido entendimento seja seguido pelos tribunais inferiores e, sobretudo, pelo próprio tribunal em casos semelhantes, em respeito àquilo que Dworkin chamaria de história institucional⁴⁹.

Vê-se, assim, que a reconstrução da ideia de – e, sobretudo, da contraposição entre – *ratio decidendi* e *obiter dictum* faz-se extremamente necessária quando se observa uma inevitável incorporação da tradição de utilização de precedentes do *common law* para o *civil*

⁴⁹ Em sua famosa "teoria da integridade", o filósofo político Ronald Dworkin defende que as decisões judiciais proferidas por um juízo devem ser interpretadas e continuadas pelo juízo subsequente, naquilo que compara a um "romance em cadeia", sempre em observância ao que já foi decidido anteriormente, em um diálogo com o histórico de julgados daquelas instituições. (DWORKIN, 2010).

law. Essa contraposição, embora indispensável, não pode mais ser vista de forma estanque e absoluta, tendo em vista tanto o fato de que um precedente pode conter várias *ratione decidendi* – a depender do caso em que será aplicado –, quanto o fato de que o que deve ser visto como *ratio decidendi* em um precedente é a fundamentação construída por aquele determinado tribunal através de uma argumentação jurídica sobre determinado tema, ainda que não seja este o objeto central do julgado.

Assim, conforme será analisado em capítulo posterior, quando do estudo do enfrentamento do caso da progressividade fiscal aplicada aos impostos reais, não há como, abstratamente, se extrair as *ratione decidendi* de um precedente, mas tão somente quando da análise dos fatos materiais de um caso concreto e, somente então, quando da análise de sua aplicabilidade a ele.

2.4. A aplicação e a superação dos precedentes

Superadas as fases introdutórias, de conceituação – ou de reconstrução das possíveis definições – do precedente judicial e de demonstração dos elementos a ele inerentes, faz-se necessário o aprofundamento de um estudo das técnicas de aplicação prática do precedente judicial, bem como das hipóteses em que estes precedentes podem vir a ser superados. É dizer, se já se reconstruiu a estrutura dos precedentes judiciais, cabe, neste momento, avaliar as formas por meio das quais eles podem ser aplicados ou mesmo superados.

Pois bem, conforme aventado no tópico anterior, a partir de um precedente judicial são extraídas normas, às quais se atribui a nomenclatura de *ratio decidendi*. É possível extrair de um precedente judicial uma *ratio decidendi* (norma) do tipo princípio ou do tipo regra. Ocorre que os princípios já detêm um valor intrínseco independentemente de decorrerem de um precedente judicial. Com efeito, a força dos princípios decorre de sua correção substancial e não de sua fonte jurígena. Assim, tendo em vista a busca por uma maior objetividade no direito – dentro das margens de sua inarredável subjetividade –, mais relevantes para uma teoria dos precedentes judiciais são aquelas regras – normas dotadas de maior certeza e objetividade, aplicáveis por método de subsunção – que deles se pode extrair. (BUSTAMANTE, 2012, p. 468).

Isso, ainda, porque, conforme defendido na obra que constitui o marco teórico da presente pesquisa, “sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento *em face de um caso concreto* deixam de ser atingíveis”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 468). De fato, a regra extraída de um precedente permite a subsunção dos fatos de um caso

concreto superveniente àquela norma previamente extraída de um precedente judicial. (2012, p. 468).

Mas, por outro lado, também é evidente que a simples subsunção de regras gera uma série de problemas. MacCormick (2008, p. 45-63), por exemplo, enumera quatro problemas que podem surgir da subsunção, sendo eles os problemas de relevância, de interpretação, de prova e de qualificação.

Os problemas de relevância surgem quando há incerteza em relação à regra aplicável ao caso; há problemas de interpretação quando não se tem certeza quanto à ordem expressada pela norma aplicável; os problemas de prova derivam da dificuldade em se certificar a ocorrência de determinado fato; e os problemas de qualificação surgem quando há dificuldade em saber se determinado caso pode ser subsumido àquela norma em virtude da imprecisão quanto à semelhança dos casos (BUSTAMANTE, 2012, p. 469).

Mas esses ainda são apenas problemas genéricos, visto que cada uma das técnicas de aplicação dos precedentes judiciais também apresenta os seus próprios e peculiares entraves à sua concretização, mas que podem, contudo, ser enfrentados.

Em suma, pode-se tratar de duas principais técnicas de aplicação dos precedentes: o *distinguish* (ou *distinguishing*), podendo este ser fracionado em outras duas formas, redução teleológica e argumento a contrário; e o argumento por analogia. Há que se considerar, por fim, a possibilidade, conforme já aventado, de superação do precedente, através da técnica cunhada de *overruling*.

2.4.1. Distinguish – a redução teleológica e o argumento a contrário

Como dito, uma das técnicas de aplicação dos precedentes mais relevantes originalmente, mas não apenas, em países de tradição *common law* é o *distinguish* (ou *distinguishing*). Em suma, trata-se de uma técnica a partir da qual a *ratio decidendi* do tipo regra construída por determinado precedente judicial tem a sua aplicabilidade a um determinado caso afastada, permanecendo, contudo, válida, ao contrário do que ocorre no *overruling*, quando, como será demonstrado, a aludida regra é definitivamente superada. (BUSTAMANTE, 2012, p. 470). De fato, é certo que “a não adoção do precedente, em virtude do *distinguish*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*”. (MARINONI, 2013, p. 326).

Vê-se, portanto, que, na aplicação do *distinguish*, na verdade, ocorre o afastamento da aplicação de uma determinada regra criada por um precedente judicial, mas ela mantém a sua validade, a sua aplicabilidade e a sua universalidade. De forma genérica, pode-se dizer que se trata de uma flexibilização da aplicação do precedente. De acordo com Marinoni:

O distinguishing expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso. (2013, p. 325).

Nesse sentido, por exemplo, Marinoni enxerga no *distinguishing* a única possibilidade – apesar de não ser, na verdade, a única⁵⁰ – para os Tribunais locais deixarem de seguir os precedentes firmados em julgamentos tomados pelo procedimento do art. 543-C do atual CPC:

O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los. Ou seja, a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial. (MARINONI, 2010, p. 499).

No *distinguish*, esse afastamento da aplicação da regra pode se dar em virtude de duas razões de naturezas distintas. Primeiramente pela redução teleológica, que decorre da constatação da possibilidade de aplicação da regra àquele determinado caso, criando-se, entretanto, uma nova exceção à sua aplicabilidade em virtude das circunstâncias específicas do caso. Cria-se uma verdadeira “exceção na hipótese de incidência de uma determinada norma jurídica”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 474).

⁵⁰ Conforme postula a teoria do precedente judicial de Thomas Bustamante, adotada como marco teórico desta pesquisa, “(...) não é qualquer precedente que merece ser repetido em casos futuros. O aplicador do Direito (...) deve ter em mente que o que justifica a regra do *stare decisis* – o próprio dever de levar em consideração os precedentes judiciais – é a necessidade de racionalizar o Direito e permitir sua aplicação de forma substancialmente correta”. (2012, p. 368). “Apesar de na maioria das vezes a técnica do precedente encontrar amparo tanto em razões de autoridade – razões institucionais – quanto em razões prático-rationais, haverá sempre a possibilidade de colisão entre esses dois grupos de razões, quando, então, deve o julgador ponderar os argumentos e razões invocados pelos participantes do discurso jurídico para justificar um juízo sobre a validade das normas adscritas que podem ser buscadas nos precedentes judiciais”. (2012, p. 369). Assim, a menção à obra de Marinoni reforça a definição do *distinguishing*, mas – não se pode deixar de sustentar – peca por atribuir ao *distinguishing* o status de único caminho para não se aplicar um precedente.

Caso que exemplifica a aplicação do *distinguish* (ou *distinguishing*) pela redução teleológica foi o julgamento do *Habeas Corpus* 85185/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso⁵¹.

No referido caso, dever-se-ia, em regra, aplicar a norma imposta pela Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, 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”.

Após a proposta apresentada pelo Relator Cezar Peluso e acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio Mello de se superar a supracitada Súmula 691, os demais Ministros do STF, entretanto, entenderam pela manutenção da Súmula. Acompanhando o voto do Ministro Eros Grau, determinaram que, mesmo estando configurada uma hipótese de incidência da súmula, ela não deveria ser aplicada no caso, provocando uma redução teleológica do âmbito de incidência dos precedentes que informam a Súmula (HCs 70.648, 76.347-QO, 79.238, 79.350, 79.748, 80.287, 80.316, 80.631, 80.550 e 80.081).

Vale frisar que, em atendimento aos princípios da universalizabilidade e da razoabilidade (BUSTAMANTE, 2012, p. 487-488), a exceção criada pela redução teleológica deve tornar-se uma regra, com caráter universal e efetivamente vinculante aos julgamentos futuros que se debruçam sobre a mesma questão de fato, sob pena de cairmos em meros casuísmos e deixarmos escapar por entre as frestas dos dedos a pretensão de imparcialidade que o direito notoriamente carrega sobre os ombros. A exigência é correta a partir do momento em que se pretende a criação não de um casuísmo, mas de uma hipótese geral de não incidência daquela regra jurídica.

A redução teleológica é, na verdade, deve-se admitir, uma clara consequência da impossibilidade de se prever todas as hipóteses de incidência de uma norma – a impossibilidade de se criar uma norma para cada um dos possíveis comportamentos sociais –, ou seja, é uma consequência do seu inafastável caráter superável (BUSTAMANTE, 2012, p. 475).

⁵¹ “EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido”. (*Habeas Corpus* 85185/SP, 2006).

Tanto em virtude dessa impossibilidade, Bustamante reconhece a superabilidade (*defeasibility*) das regras jurídicas decorrentes de precedentes. Por não terem a capacidade de prever todas as situações de fatos com as quais estariam relacionadas futuramente, as regras, em que pese o fato de serem, *a priori*, universais, padecem do mal de poderem, cedo ou tarde, vir a ser superadas. (2012, p. 475).

Vê-se, portanto, que, assim como os princípios, as regras, a bem da verdade, estipulam obrigações *prima facie*. Mas o caráter *prima facie* dos seus comandos, ao contrário daqueles enunciados pelos princípios, não decorre de sua generalidade ou ausência de especificidade, mas exatamente da superveniência de fatos ou comportamentos sociais não previstos quando do seu surgimento. (BUSTAMANTE, 2012, p. 480).

Com efeito, segundo Bustamante:

As relações que se estabelecem entre as hipóteses e consequências jurídicas nas normas jurídicas em geral – e com maior força nas regras jurisprudenciais – são portanto obrigações *prima facie* no sentido de que não há uma implicação lógica entre elas, mas uma implicação deontológica, pois é ao menos em tese admissível que uma circunstância particular do caso concreto impeça o surgimento das consequências jurídicas ordinariamente previstas. (2012, p. 484).

Conforme já suscitado, o afastamento da aplicação de uma regra pelo *distinguish* também pode se dar pela aplicação de um *argumento a contrario*, quando se percebe da inaplicabilidade da regra àquele determinado caso e se faz necessário demonstrar que não há alteração da regra do precedente, mas tão somente que aquele determinado caso não está abrangido em suas hipóteses de incidência. (BUSTAMANTE, 2012, p. 488).

Perceba-se que se trata de caso diverso do há pouco exposto *distinguish* fundado na redução teleológica, vez que neste, *a priori*, a regra seria aplicável ao caso, deixando de sê-lo em virtude da criação de uma exceção – ou, em outros termos, de uma nova regra –, enquanto no afastamento da aplicação da regra pelo *argumento a contrario*, apenas busca-se demonstrar que a regra não é aplicável àquele determinado caso. Conforme muito bem defende García Amado, na aplicação do *argumento a contrario*, “não se está colmatando uma lacuna, mas negando que ela exista”. (2001, p. 103).

No mesmo sentido de García Amado, atesta Bustamante que, “diferentemente do que ocorre na redução teleológica, no argumento *a contrario*, conclui-se que os fatos *sub judice* não podem ser subsumidos na regra jurídica cuja aplicação se pretende evitar no caso concreto”. (2012, p. 488).

A utilização de praxe do *argumento a contrario* se presta, por exemplo, para determinar que, em virtude da regra estabelecida pela Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal⁵², é legítima a cobrança do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar, desde que exista lei estadual que permita. (BUSTAMANTE, 2012, p. 496). Isso porque a Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal determina que “é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar”, se não houver lei estadual que a estabeleça.

Mas há que se ressaltar que a aplicação do *argumento a contrario* a este caso deriva não apenas da supracitada semântica da Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal, mas também da existência de uma norma geral contrária, qual seja: o princípio da legalidade estrita do Direito Tributário, imposto pelo artigo 150, I, da Constituição da República de 1988⁵³. Ou seja, além de o caso dos autos não se subsumir na hipótese prevista pela regra imposta pela Súmula 574, há, também, uma norma geral – o princípio da legalidade imposto pelo artigo 150, I, da Constituição da República que lhe dá guarida.

De fato, conforme ressalta Bustamante, a aplicação do *argumento a contrario* não pode ser mera enunciação de uma conclusão que simplesmente não decorre das premissas. Deve ser a enunciação de uma conclusão derivada, conjuntamente, da não aplicação da regra ao caso específico e da existência de regra genérica que trate do caso. Em suma, a aplicação do *argumento a contrario* não significa que a ausência de menção da regra específica sobre aquele determinado caso implica em ausência de regulação, mas sim que implica na aplicação de outra regra, uma regra geral (2012, pp. 500-501).

Outro caso em que se observou a aplicação da técnica do *distinguish* (ou *distinguishing*) pelo argumento a contrário foi no julgamento do Agravo Regimental no Agravo 129.280-6 de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, no Superior Tribunal de Justiça⁵⁴. Em suma, o caso trata de Agravo Regimental apresentado em face de decisão

⁵² Súmula 574/STF. Tributário. ICM. Restaurantes e similares. Ilegitimidade de cobrança. CTN, art. 97, I e III. Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar. (BRASIL, 1977).

⁵³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...). (BRASIL, 1988).

⁵⁴ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO COM QUALIDADE. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. AFASTAMENTO DO PRECEDENTE FIRMADO NO RECURSO REPETITIVO RESP N. 1.068.944/PB). TÉCNICA DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: DISTINGUISHING. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA REFORMAR

monocrática que negou provimento a Agravo em Recurso Especial. É que o Recurso Especial do Agravante havia sido sobrestado, em virtude do julgamento do Recurso Especial 1068944/PB sujeito ao regime de recurso representativo de controvérsia imposto pelo artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973⁵⁵.

Ocorre que, no recurso representativo de controvérsia, “se decidiu pela ilegitimidade da Agência Nacional de Telecomunicações em demandas sobre cobrança de tarifas por serviço de telefonia, *movidas por usuário* contra a concessionária”.

Ocorre que, no caso do Recurso Especial em que se apresentou o Agravo 1.292.806 não se tratava de “demanda movida por usuário” e sim tratava originariamente de Ação Civil Pública. De acordo com o Relator:

(...) originariamente, trata-se de ação civil pública ajuizada pela Associação de Defesa do Consumidor do Maranhão - Adecoma contra a Tim Celular S.A., objetivando a prestação de serviço público de telefonia móvel de qualidade, no município de Balsas - MA.

Então, não se trata de ação movida por usuário contra a concessionária, objetivando o afastamento da cobrança de tarifas por serviço de telefonia; dessa forma, não há como negar que a base fática do presente caso não se amolda àquela tomada por

PARCIALMENTE A DECISÃO AGRAVADA E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL”. (AgRg no Ag 1292806, 2010).

⁵⁵ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida

§ 3o O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia

§ 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6o Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7o Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8o Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9o O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (BRASIL, 1973).

premissa, quando do julgamento do REsp n. 1.068.944/PB, submetido ao regime dos recursos repetitivos. (AgRg no Ag 1292806, 2010).

No caso em tela havia ainda, é importante ressaltar, outra regra geral, criada exatamente por precedente judicial, que determinava a legitimidade passiva da ANATEL no caso de ajuizamento de Ação Civil Pública para discutir tarifa do serviço público de telefonia. A regra foi assim sintetizada pelo Ministro Luiz Fux:

(...) posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. Por isso, a necessidade de a ANATEL integrar a relação jurídica. (REsp 572906/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.06.2004).

Vê-se, portanto, que, em casos como este, não se está criando uma exceção a uma norma, mas sim negando que a premissa fática se adequa à premissa normativa à qual se pretende subsumir aquela. Daí a diferença entre os dois possíveis modelos de aplicação do *distinguish*: pela redução teleológica e pelo argumento *a contrario*.

2.4.2. Argumento por analogia e interpretação extensiva

O argumento por analogia é outra técnica bastante usual de aplicação dos precedentes. A técnica da analogia pode, em suma, ser entendida como a “transposição da solução que uma dada norma oferece para um caso a uma hipótese não regulada por ela, mas que contém com o caso regulado uma identidade de razão”. (SALGUERO, 2002, p. 167).

O cerne do argumento por analogia encontra-se na comparação. Assim, pode-se afirmar que a analogia é a técnica de aplicação de precedentes que visa à aplicação de uma regra a um caso não regulado por esta regra, em virtude da semelhança fática que este caso guarda com a previsão legal. Conforme atesta Bustamante, a analogia pressupõe, então, um cotejamento entre os fatos do caso *sub judice* e os fatos previstos na norma que se pretende ver aplicada. (2012, pp. 510-511).

Há, é bem verdade, grande semelhança entre a aplicação de uma regra por analogia e a aplicação de um precedente judicial a um novo caso. Procurar-se-á, em ambos os casos, uma regra comum que, a partir da semelhança dos fatos dos casos, permita a sua aplicação sem que haja desrespeito aos ideais de justiça e universalizabilidade das normas. Com efeito, “em ambas as situações, busca-se aplicar as consequências jurídicas de uma regra já conhecida a um caso não expressamente regulado pelo direito positivo”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 511).

Para tanto, inicialmente, há que se constatar a existência de uma lacuna, ou seja, a ausência de previsão legislativa acerca daquele determinado caso. Destaca-se que, se tratarmos especificamente do direito tributário, assim como do direito penal, a técnica da analogia perde grande força, vez que, à luz do princípio da legalidade estrita aplicável a ambos os ramos do direito, em caso de lacuna legislativa, é vedada a criação de tributo ou a aplicação de pena por meios diversos que não a previsão legal. (BUSTAMANTE, 2012, p. 512).

Após a constatação da existência da lacuna, deve-se, então, buscar uma *identidade de razões* entre a regra judicial já existente e a regra que se pretende derivar da decisão judicial deste novo caso. (BUSTAMANTE, 2012, p. 517).

Embora parte da doutrina ainda divirja em relação a quais elementos devem constituir a base de comparação para se buscar a referida identidade de razões (se o fim, o fundamento, ou o conteúdo da regra)⁵⁶, Bustamante defende (2012, p. 519-520) - e a nosso ver com razão -, uma relevância maior ao que se pode chamar de *identidade de fundamentos*, vez que, conforme defende Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008), uma regra jurídica é sempre conformada por princípios jurídicos que lhe permitem a existência. Em suma, as regras podem sempre ser justificadas por meio de uma ponderação dos princípios que lhe atribuem fundamento, motivo pelo qual, de acordo com o que defende Bustamante, a chamada *identidade de razões* buscada para a aplicação de uma regra por analogia deve ser, então, antes de mais nada, uma identidade de fundamentos das referidas regras (2012, p. 519).

De acordo com Alexy (2008), a principal característica da diferenciação das regras e dos princípios se encontra no fato de que:

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90).

⁵⁶ É que, segundo Bustamante, a referida “identidade de razões” pode encontrar três diferentes significados na doutrina especializada: primeiramente, a ideia de finalidade (da lei ou do legislador); em segundo lugar, a ideia de princípio que concede fundamento à lei; e, por último, a ideia de objeto da lei. Ou seja, ainda permanece na doutrina uma divergência se, ao buscar a “identidade de razões” no uso da analogia, se busca uma identidade em seu objetivo, em seu fundamento ou em seu objeto propriamente (2012, p. 517). Em que pese autores como Maria José Falcón y Tella (*apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 591) entendam que o referencial mais adequado na aplicação da analogia seja a identidade *dos elementos essenciais de um caso*, Thomas Bustamante, no entanto, defende que, a base de comparação mais adequada seria a *identidade de fundamento* para a norma que se pretende aplicar, tendo em vista o pressuposto de que uma regra sempre é formada por um conjunto de princípios que lhe servem de fundamento ético-jurídico.

As regras, por sua vez, são normas que apresentam determinações dentro do que é jurídica e faticamente possível. Ou seja, são normas que determinam que se deve fazer exatamente aquilo que ela prescreve. Portanto, elas podem ser satisfeitas ou não. (ALEXY, 2008, p. 91). A diferença entre regras e princípios é, portanto, qualitativa. Essa diferenciação é bastante parecida com a que Dworkin propõe em sua obra *Levando os direitos a sério* (2011), mas difere no ponto da caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.

Uma forma de se explicar melhor a diferenciação se dá através dos casos nos quais há conflito entre regras e colisões entre princípios. Quando duas regras entram em conflito, ou uma delas é considerada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Isso porque o conceito de validade jurídica, de acordo com Alexy, não é graduável. Uma norma jurídica ou é válida ou inválida, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam inválidos”. (ALEXY, 2008, p. 92).

A colisão entre princípios se dá de forma diferente. Quando dois princípios colidem, a decisão acerca da aplicação de um ou de outro não se dá no âmbito da discussão acerca de sua validade, mas será determinado qual princípio tem precedência em face do outro naquelas determinadas condições fáticas e jurídicas. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, 2008, p. 94).

A colisão entre princípios gera, portanto, uma necessidade de sopesamento, na forma da lei de colisão. Para Alexy, isso gera uma concepção do resultado do sopesamento enquanto uma norma de direito fundamental atribuída ou adscrita. A solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. A questão central, portanto, é determinar sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. (ALEXY, 2008, p. 95).

Alexy busca, com a lei de colisão, sistematizar a técnica utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal para julgar casos em que há a discussão sobre pesos dos princípios. O problema é que os princípios não têm “pesos” atribuídos e, portanto, esse peso deve ser construído na análise do caso.

Dessa forma, a lei de colisão pode ser apresentada na seguinte formulação: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte

fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. (ALEXY, 2008, p. 99).

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria *alexiana* dos princípios. Ela reflete, acima de tudo, a natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização (normas que não têm relação absoluta de precedência uma sobre a outra, mas que determinam que algo deve ser feito da melhor forma possível dentro das condições fáticas e jurídicas).

A lei de colisão, portanto, trata do caso em que duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma das duas é inválida e nenhuma delas tem precedência absoluta sobre a outra. A precedência será decidida no caso concreto. O resultado desse sopesamento é o que Alexy vai denominar de uma norma de direito fundamental atribuída (ou adscrita), que tem a estrutura de uma regra, tendo em vista que determina, em um caso concreto, o que deve ser feito. (ALEXY, 2008, p. 99).

Superada essa pequena, mas imprescindível, reconstrução da chamada "lei de colisão", conforme proposta por Alexy, e retomando a análise da decisão por analogia, sabe-se que as decisões judiciais, em regra, são o resultado da subsunção de uma premissa fática a uma premissa normativa. Ocorre que, no caso do julgamento por analogia, tal procedimento dedutivo não é suficiente, vez que a premissa fática nem sempre se subsume à premissa normativa. Faz-se necessário, portanto, a inserção de outras premissas normativas que ensejem a aplicação da premissa normativa originária ao caso concreto. (BUSTAMANTE, 2012, p. 521).

A construção dessa nova premissa normativa intermediária, segundo Bustamante, deve se dar por meio de uma ponderação dos princípios que deram origem à premissa normativa originária, já que, como se sabe, toda regra jurídica é o resultado de uma ponderação de princípios que precedeu a sua criação. Com efeito, “quando se busca, portanto, a *ratio* de uma determinada regra jurídica, só se pode encontrá-la nos princípios que as justificam e as tornam coerentes com o restante do ordenamento jurídico a que pertencem”. (2012, p. 522).

Quando se pretende, portanto, justificar a aplicação de uma regra judicial por analogia, faz-se necessário percorrer novamente a ponderação de princípios que o julgador fez para construir aquela regra jurisprudencial que se pretende aplicar analogicamente. Se for alcançada a conclusão de que a supremacia de um determinado princípio, na construção daquela regra, deve ser mantida no caso concreto, há então fundamento para a construção de uma regra intermediária, através da mesma ponderação, que justifique a aplicação por analogia da regra originária ao caso concreto. (BUSTAMANTE, 2012, p. 522).

De acordo com Bustamante, “um tal juízo de razoabilidade ou correção deve estar fundamentado por uma teoria normativa da argumentação jurídica” (2012, p. 522), o que implica em uma correlação inevitável entre a analogia, os princípios e a argumentação jurídica. (2012, p. 522). A correlação está tão inserta na construção da analogia que há autores, como Bartosz Brozek (BROZEK *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 523), que sustentam a “tese da redutibilidade parcial da analogia à ponderação”. De toda forma, adotada ou não esta redução, a aplicação da lei de colisão acima exposta será imprescindível para a aplicação da analogia.

A aplicação da lei de colisão, na prática, impescinde da aplicação da lei de ponderação, conforme sustentado pelo próprio Alexy. Segundo ele, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A máxima da proporcionalidade, *a priori*, é a forma utilizada para realizar a análise do caso em que uma medida estatal que pretende fomentar um determinado princípio entra em rota de colisão com outro princípio, ou seja, dois princípios colidem e são sopesados na forma da lei de colisão. Os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. O exame da proporcionalidade possibilita exatamente a averiguação das condições fáticas e jurídicas do caso. (ALEXY, 2008, p. 117).

No exame da adequação, deve-se observar se a medida que está se propondo para realizar ou fomentar um princípio consegue fazê-lo. Ou seja, trata-se uma análise da capacidade da medida em fomentar aquele princípio desejado. É um exame em nível absoluto, ou, em outros termos, não comparativo. (ALEXY, 2008, p. 117).

Em um segundo momento, faz-se o exame da necessidade daquela medida, ou seja, observa-se se aquela medida adotada para fomentar um determinado princípio consegue fazê-lo com a mesma eficiência que outra medida, agredindo de forma menor o princípio colidente. Trata-se aqui de um exame de nível comparativo e não mais absoluto, como o exame da adequação. Os exames da adequação e da necessidade são análises acerca das possibilidades fáticas para aplicação de um princípio. (ALEXY, 2008, p. 117).

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é uma análise acerca das possibilidades jurídicas da aplicação de um princípio em um determinado caso. Nessa fase, é realizado o sopesamento propriamente dito.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2008, p. 117).

Assim, segundo Bustamante, lançando mão dos elementos ora reconstruídos, é possível alcançar uma descrição da construção de uma justificação interna para a aplicação da analogia, levando em consideração, sobretudo, que “a analogia encontra fundamento na identidade de princípio”. (2012, p. 532):

Para tanto, é necessário incluir nessa estrutura não apenas (a) a descrição hipotética da norma jurídica tomada como paradigma e (b) um enunciado de semelhança entre o caso a ser resolvido por meio da analogia e o caso regulado pela norma paradigmática, mas principalmente (c) os *princípios* que se encontram por detrás da norma jurídica paradigmática e os que justificam a criação de uma nova hipótese normativa por analogia. (BUSTAMANTE, 2012, p. 524).

Importa reiterar que o sopesamento, na forma de lei de colisão, deve ser aplicado, conforme outrora aventado, não apenas no caso de analogia, mas, da mesma forma, ao *distinguish*. De fato, em ambos os casos, faz-se necessário um retorno à prioridade condicionada formada entre os princípios que ensejaram a existência daquela regra. Segundo Bustamante, “se tentarmos reconstruir as valorações que dão origem à decisão *a contrario* e a decisão por analogia, veremos que em ambos os casos o que se dá é o mesmo tipo de ponderação”. (2012, p. 535).

Não se pode deixar de frisar que há, então, ao mesmo tempo, semelhanças e discrepâncias entre as técnicas de aplicação dos precedentes, mormente entre a analogia e o argumento *a contrario*. Conforme atesta Bustamante:

Os dois tipos de argumento, portanto, diferem substancialmente do ponto de vista teórico, haja vista que um deles nega e o outro pressupõe a existência de uma lacuna jurídica. Do ponto de vista prático, no entanto, há uma semelhança entre a analogia e o argumento *a contrario* que os torna extremamente próximos, apesar de antagônicos. O ponto comum está na necessidade de se *comparar* casos, hipóteses e consequências jurídicas tanto no caso invocado como precedente (caso de partida) quanto no caso duvidoso, que deve ser solucionado pelo juiz no caso concreto. (2012, p. 534).

Com razão, “ambos os modos de argumentação (*a contrario* e *a pari*) são intrinsecamente comparativos, e exigem do operador do direito uma cuidadosa ponderação de princípios segundo a *fórmula de ponderação (...)*” (BUSTAMANTE, 2012, pp. 534-535), que foi objeto de análise há pouco.

Uma técnica de aplicação de precedentes também absolutamente relevante e muito facilmente confundida com a analogia é a chamada *interpretação extensiva*. Assim como a analogia, a interpretação extensiva também se presta à aplicação de um precedente judicial a um caso inicialmente não previsto dentro da norma criada pelo precedente. Na analogia, conforme já aventado, ainda que se pretenda uma extensão da interpretação daquela norma, ela não se encaixaria ao caso concreto, sendo necessária a criação de uma nova norma que permita essa ligação. No caso da interpretação extensiva, ao contrário, conforme a remissão ao seu próprio nome permite perceber, essa extensão do âmbito de aplicação da norma se apresenta possível. (BUSTAMANTE, 2012, p. 532).

Com efeito, no caso da interpretação extensiva, é possível que uma interpretação excepcional, não inicialmente prevista àquela norma, permita a abrangência do caso concreto. (BUSTAMANTE, 2012, p. 532).

A interpretação extensiva pode ser vista como exatamente inversa à aplicação do *distinguish* pela redução teleológica. Nesta, há uma evidente redução do âmbito de incidência de uma regra, inserindo-se uma exceção, enquanto naquela, o que ocorre é exatamente o contrário: há uma extensão da aplicação da regra a uma hipótese não prevista inicialmente.

Um caso que pode gerar dúvida quanto à classificação da técnica de aplicação de precedente utilizada (analogia ou interpretação extensiva) foi o julgamento do *Habeas Corpus* 115.023/MG pelo Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria do acórdão incumbiu à Ministra Rosa Weber⁵⁷.

No referido caso, foi submetida ao Supremo Tribunal Federal a análise de um caso em que o Superior Tribunal de Justiça deixou de conhecer um Recurso Especial em *Habeas Corpus*, por entender se tratar de recurso inadmissível, já que encontrava óbice nos

⁵⁷ “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA SÚMULA 283/STF. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a admissibilidade do recurso especial. 2. Não cabe habeas corpus, como regra, para rever decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à admissibilidade do recurso especial. 3. Recurso especial inadmitido com fundamento em entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte consagrado na Súmula 283/STF, segundo a qual “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. 4. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 5. Ordem denegada”. (HC 115023/MG, 2013).

precedentes que permitiram a criação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que a Súmula 283 do STF, que determina que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” trata exclusivamente de recursos extraordinários e não de recursos especiais.

Assim, em outros termos, o STJ criou uma premissa normativa – a de que aplica-se o entendimento esposado pelos precedentes que consolidaram o enunciado da Súmula 283 do STF também aos recursos especiais – que permitiu a subsunção da premissa fática – recurso especial que não abrange todos os fundamentos da decisão recorrida – à premissa normativa inserta nos precedentes que criaram o enunciado da Súmula 283 do STF – “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Vê-se, então, que trata-se de um caso de aplicação do argumento por analogia, no qual, diante de uma lacuna normativa e de uma identidade de razões (ou fundamentos), remontando-se aos princípios que o não conhecimento do Recurso Extraordinário pelo STF – mormente o princípio da fundamentação das decisões –, criou-se uma premissa normativa que permitiu a aplicação da premissa normativa inserta nos precedentes que conformam a Súmula 283 do STF aos recursos especiais.

Não seria, por outro lado, um caso de aplicação da interpretação extensiva, isso porque, para a aplicação desta, seria necessária a possibilidade de se encontrar a nova interpretação já no texto originário da regra. No caso, a regra citada, presente no enunciado da Súmula 283 do STF, é expressa ao relatar que se aplica ao recurso extraordinário. Não seria possível, portanto, encontrar dentro dessa dicção original da súmula, essa interpretação extensiva.

Não se trata de uma interpretação não originalmente prevista que já era possível desde sempre a partir da leitura dos precedentes. Foi necessária, conforme se demonstrou, a criação de uma premissa normativa que permitisse a aplicação da regra a outro contexto fático, não originalmente previsto naqueles precedentes, mas que com eles guardava e guarda uma inegável identidade de razões, ou melhor, de fundamentos.

2.4.3. A superação de precedente – Overruling

Conforme já anteriormente aventado, quando da análise do *distinguish*, o *overruling* poder ser visto, em suma, como a superação de um precedente judicial, com a formação de

uma nova regra derivada de um novo precedente judicial que passará a vincular os casos que apresentem premissa fática adequada à antiga premissa normativa superada. Diferentemente do caso do *distinguish*, em que o precedente não é aplicado, porém não superado, no caso do *overruling*, há uma revogação do precedente. (MARINONI, 2013, p. 388).

Em outros termos, o *overruling* é entendido como uma técnica de afastamento de uma regra jurisprudencial (*judicial departure*). (BUSTAMANTE, 2012, p. 387). Segundo Bustamante, “dá-se o ‘afastamento’ (*departure*) de um precedente judicial quando o tribunal posterior adota uma nova norma concreta que decide um caso compreendido na hipótese de incidência de uma regra anterior de origem jurisprudencial”. (2012, p. 387).

O *distinguish* também pode ser visto como uma forma de *departure*, entretanto, o *overruling* é dotado de um caráter especial, a partir do momento em que se percebe que ele não simplesmente cria uma hipótese de não incidência de uma regra jurisprudencial, mas provoca, como suscitado, uma verdadeira “ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

A primeira e mais importante tarefa a se levar a cabo quando se trata de *overruling* é a apresentação expressa de uma convincente justificação para o afastamento do precedente anterior. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 388-389). Além desta primeira regra genérica, na condução do *overruling*, há que se respeitar outras regras, a depender do tipo de precedente (precedente obrigatório em sentido forte, precedente obrigatório em sentido frágil e precedente meramente persuasivo) que se pretende superar. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 388-390).

Quanto ao precedente meramente persuasivo, incumbe ao julgador, ao afastá-lo, atribuir razões suficientes para o seu afastamento, ou seja, deve promover uma ponderação entre as razões que justificam a sua manutenção e as razões suscitadas para a sua superação. (BUSTAMANTE, 2012, p. 391).

Relativamente à superação de precedentes obrigatórios em sentido forte, ou seja, formalmente vinculantes, há uma maior exigência de justificação e uma limitação maior. De acordo com Bustamante. (2012, p. 395):

De modo geral, as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade, universalizabilidade e, mais genericamente, racionalidade na aplicação do Direito exigem que na revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança no sistema jurídico.

Assim, em regra, o *overruling* de um precedente formalmente vinculante não pode partir da mera sugestão de incorreção do precedente, levando em consideração que “a decisão passada traz embutida uma *presunção de correção*, de sorte que só o fato de aquela decisão anterior existir exerce influência na atual decisão a despeito de nossa crença de que a decisão precedente foi errada”. (SILVA, 2005, p. 261).

Dessa forma, não basta apenas analisar o precedente em si, mas todos os efeitos que a sua superação pode gerar para o Direito em todos os seus possíveis campos (segurança jurídica, justiça, certeza). (BUSTAMANTE, 2012, p. 396). Com razão, a segurança jurídica pressupõe estabilidade e essa estabilidade não pode se demonstrar apenas no direito legislado, mas, da mesma forma, na manutenção e no respeito aos precedentes judiciais (MARINONI, 2013, p. 127).

Segundo Marinoni, para que se concretize o *overruling*, deve-se comprovar a perda da “congruência social” e o surgimento de uma verdadeira “inconsistência sistêmica” de tal forma que, em um exercício de ponderação, justifiquem o sacrifício à “confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta”. (2013, p. 391).

Mas há ainda um princípio mais forte que lastreia a necessidade de justificação do *overruling*: o *stare decisis*, que, conforme muito bem descrito por Bustamante, “impõe uma aderência particularmente forte ao precedente judicial, de sorte que a excepcionalidade pode ser de antemão tida como a principal característica do *overruling*”. (2012, p. 397). O princípio do *stare decisis*, a justificar a excepcionalidade do *overruling*, pode ser desmembrado em outros três princípios, dotados de caráter *prima facie* e não absolutamente excludentes, sendo eles: o princípio da ausência de novas razões ou do caráter definitivo das decisões (que não podem ser modificadas simplesmente pela indicação de incorreção); o princípio da confiança justificada (ou da proteção das expectativas geradas pelo precedente, tendo em vista que a sua superação tem, em regra, caráter retroativo); o princípio do respeito ao legislador (mormente quando este legislou tomando como correto o precedente); e o princípio da vinculação ao caso concreto (ou seja, a vedação à discussão em abstrato da possibilidade de *overruling*). (BUSTAMANTE, 2012, pp. 398-401).

Vale frisar que todos esses princípios foram construídos, assim como o *stare decisis*, pela *House of Lords* da Inglaterra, de modo que a sua aplicação de tal forma cogente é originária de um sistema tipicamente de *common law*. Obviamente, no Brasil, em que pese a hoje amenizada diferenciação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, esses princípios ainda não são dotados de tamanha força e cogência.

Há, ainda, a possibilidade suscitada de se promover o *overruling* quando se está diante de “uma *resposta objetivamente correta* acerca de sua violação aos *princípios fundamentais* do ordenamento jurídico”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 401).

Por fim, relativamente ao precedente obrigatório em sentido frágil, pode-se dizer que o *overruling*, nesse caso, encontra-se a meio termo entre as suas outras possibilidades extremas ora analisadas. Geralmente, trata-se de precedentes não autoaplicáveis às cortes superiores, mas sim uma orientação destas às cortes inferiores. (BUSTAMANTE, 2012, p. 409).

De acordo com Bustamante:

Embora como regra geral o *overruling* de um precedente *não estritamente* vinculante seja mais fácil de se justificar que o de um precedente *formalmente* vinculante, a diferença entre ambos é meramente de grau, e as mesmas considerações de segurança, imparcialidade e justiça devem ter lugar e ser devidamente ponderadas, ainda que com pesos diferentes. (2012, p. 412).

Provavelmente um dos maiores prejuízos decorrentes do *overruling* é aquele causado às expectativas geradas pelo precedente, tendo em vista, sobretudo, a segurança jurídica gerada pela sua estabilidade.

A superação de um precedente, portanto, pode vir a causar danos bastante significativos a uma sociedade. Tanto é assim que, em virtude disso, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na primeira metade do Século XX – fortemente influenciada pelo realismo norte americano – desenvolveu uma versão, diga-se, pragmática do *overruling*: o *prospective overruling*. De acordo com Bustamante, “o *overruling* com efeitos prospectivos tem lugar quando os tribunais mudam as suas regras jurisprudenciais mas mantêm, por razões de segurança jurídica, a aplicação da orientação anterior para certos casos”. (2012, p. 414).

Obviamente dotado de caráter excepcional – visto que pode, caso se trate de aferição de constitucionalidade de norma, violar a tese da nulidade *ipso iure* da norma inconstitucional (BUSTAMANTE, 2012, p. 415) –, o *prospective overruling* modula os efeitos da decisão, retirando da superação do precedente o seu caráter retroativo, impedindo, assim, a existência de um dano desproporcional ao princípio da proteção das expectativas.

Essa decisão pode ter aplicação tanto puramente prospectiva, no sentido de que não se aplica sequer ao caso em que se consolidou a superação do precedente; quanto quase prospectiva, quando se aplica apenas aos casos futuros e ao caso em análise; ou mesmo pode ser aplicada de forma prospectiva, quando a nova regra somente deve ser aplicada após um determinado lapso temporal, definido pelo tribunal. (BUSTAMANTE, 2012, pp. 420-421).

O que justifica a técnica do *prospective overruling* é o estabelecimento, em um precedente judicial, de uma *norma adscrita de natureza geral* juntamente com outra norma *individual*, mais *específica*, que elide sua aplicação no caso concreto, tendo em vista considerações de segurança jurídica e outras razões que tornam irracional a aplicação da nova orientação jurisprudencial ao caso concreto. (BUSTAMANTE, 2012, p. 457).

A aplicação do *prospective overruling*, como dito, ganhou proeminência a partir da Suprema Corte Estadunidense, muito influenciada pelo realismo e pelo pragmatismo jurídicos, não sendo tão bem aceita em outros sistemas jurídicos como o inglês e o alemão. No Brasil, a possibilidade do *prospective overruling* foi regulamentada pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Caso brasileiro em que houve a declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos foi o julgamento da ADI 3.580/MG⁵⁸, na qual o Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, houve por bem declarar a inconstitucionalidade do artigo 17, incisos I e II, da Lei 12.919/1998⁵⁹, que, ao prever que, em concurso para ingresso nos serviços notariais e de registro, deve-se atribuir pontuação ao tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial e de registro, feria o princípio da isonomia.

No julgamento do referido caso, entendeu a corte pela necessidade de atribuição de efeito prospectivo à decisão de inconstitucionalidade das normas, em virtude do prejuízo

⁵⁸ Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 17, I e II, da Lei 12.919, de 29 de junho de 1998, do Estado de Minas Gerais. 3. Concurso Público de Ingresso e Remoção nos Serviços Notariais e de Registro. Apresentação dos seguintes títulos: a) tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial e de registro (art. 17, I); b) apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais (art. 17, II). 4. Violação ao princípio constitucional da isonomia. Atividades específicas relacionadas às atividades notarial e de registro. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Efeito *ex nunc*, a partir de 8.2.2006, data da concessão da cautelar. (ADI 3.580/MG, 1998).

⁵⁹ Art.17- O candidato não eliminado nas provas de conhecimento poderá apresentar títulos, considerando-se como tais os seguintes: I - tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial ou de registro; II - trabalhos jurídicos publicados, de autoria única, e apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais (BRASIL, 1998).

possivelmente causado à expectativa de estabilidade jurídica dos tantos notários e oficiais de registro que ingressaram no serviço desde a edição da lei, em 1998.

Um exemplo semelhante de *prospective overruling* em matéria tributária ocorreu no julgamento do RE 556.664/RS⁶⁰, em sede do qual o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n 8.212/1991⁶¹, que previam prazos decadenciais e prescricionais para cobrança (e também para pedir a restituição no caso de pagamentos indevidos) de contribuições sociais previdenciárias, em ofensa ao artigo 146, III, b da CR/88⁶², nos termos do qual é reservada à Lei Complementar tratar de prescrição e decadência em matéria tributária.

Assim, nos termos da referida decisão, o STF modulou os efeitos prospectivos definindo que seriam legítimos todos os recolhimentos efetuados e não impugnados até a data da decisão (13/08/2008) - ou, em outras palavras, só teriam o direito de restituição os contribuintes que tivessem ingressado em juízo até aquela data.

⁶⁰ "PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PAR. ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) V. Modulação dos efeitos da decisão. Segurança Jurídica. São ilegítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8218/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento." (RE 556.665/RS, 2008).

⁶¹ Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada; 1º No caso de segurado empresário ou autônomo e equiparados, o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos, para fins de comprovação do exercício de atividade, para obtenção de benefícios, extingue-se em 30 (trinta) anos. (Revogado pela Lei Complementar nº 128, de 2008)
Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos. (Revogado pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

⁶² Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
(...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

3. REALIDADE GLOBAL DO USO DE PRECEDENTES NO DIREITO (TRIBUTÁRIO) BRASILEIRO

3.1. Histórico: caminhada de valorização dos precedentes no Brasil

Conforme pudemos constatar no capítulo anterior, o gradativo movimento de convergência entre os sistemas jurídicos de *civil e common law* já não nos permite esquivar de um estudo mais aprofundado e técnico acerca da teoria dos precedentes judiciais também no Brasil.

Aliás, como destacam com sensatez os processualistas Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira, o precedente é um *fato* que ocorre "em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional", e cujo tratamento jurídico "variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural". (2015, p. 453).

Desse modo, sendo caracterizado como um *ato-fato jurídico*, o precedente judicial, embora decorra de um ato humano - porquanto emanado da autoridade judiciária competente - produzirá efeitos jurídicos independente da vontade de quem o pratica, conforme esclarecem os referidos autores:

O *precedente*, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um *fato* pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos *anexos*⁶³ da decisão judicial. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 453).

Isso significa que, embora seja um fato que ocorrerá em qualquer lugar em que haja atividade jurisdicional, a relevância dos precedentes judiciais e existência de eficácia

⁶³ Os referidos autores classificam como *anexos*, todos aqueles efeitos produzidos por uma decisão judicial que decorram de uma norma jurídica, seja ela lei ou negócio jurídico, mas que não se configuram como consequências *do conteúdo* da decisão. Ou seja, os referidos efeitos anexos decorrem de uma "específica determinação normativa estranha à sentença", e "independem do conteúdo da parte, da manifestação do juiz ou do conteúdo da decisão. São efeitos indiretos e automáticos, que resultam do fato de a decisão existir". Fazendo uma referência aos ensinamentos de Pontes de Miranda, os processualistas esclarecem que os chamados efeitos *anexos* se distinguem dos *reflexos* porque, enquanto esses últimos são ocasionais e são criados "pela vida" devido à "*entremistura* das incidências da lei", aqueles outros são propositados, criados intencionalmente pela lei. Como exemplos de efeitos *anexos* os autores citam (i) a preempção, gerada pela terceira sentença de extinção sem resolução do mérito por abandono unilateral, nos termos do artigo 486, §3º do (novo) CPC; (ii) a separação de corpos que decorre da sentença que decreta o divórcio; (iii) os efeitos "tributários" da sentença, no que diz respeito às custas processuais, entre outros (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 429-431).

normativa em determinado ordenamento dependerá necessariamente das normas que o direito positivo lhe imputar⁶⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, é cada vez mais notória a atribuição de efeitos jurídicos aos precedentes judiciais. Para além da referida aplicação prática nota-se, pela evolução da legislação positivada, uma evidente trajetória de valorização das *normas jurisprudenciais* no Brasil.

A doutrina aponta que, desde as chamadas Ordenações Afonsinas (1446-1447) oriundas da tradição portuguesa, já se falava no chamado *estilo da Corte*, que representava a forma de resolver casos concretos pela autoridade competente e que, posteriormente, "passou a designar a jurisprudência dos tribunais superiores, da qual se exigia que tivesse sido manifestada em certo número de casos, e por dez anos" (FERRAZ JR., 2007, p. 245).

Mais tarde, a famosa Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, de Pombal, veio a dizer que os conflitos deviam ser dirimidos pela lei pátria e pelos *estilos* fixados por Assentos da Casa de Suplicação, que já antes recebera de D. Manoel a determinação de transformar as soluções encontradas pelos desembargadores, em conferências, em assentos com força normativa. (FERRAZ JR., 2007, p. 245).

Já no contexto contemporâneo, após a instauração do regime republicano no Brasil, é possível destacar *normas gerais* – que, por sinal, "podem ser encontradas em basicamente todos os Estados Constitucionais contemporâneos" (BUSTAMANTE, 2012, p. 323) – que podem ser associadas a um amadurecimento da cultura precedentes judiciais, tais como (i) o princípio da segurança jurídica, do qual decorre a busca de estabilidade, a exigência de "unidade da jurisprudência", e a busca de instrumentos para reduzir a "discricionariedade dos juízes na aplicação do direito" (BERNAL PULIDO *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 323); (ii) o princípio da coerência (iii) e o princípio da igualdade, aplicável tanto na interpretação da lei como na aplicação do direito, os quais, em conjunto, também sinalizam para uma busca de uniformização da jurisprudência, entre outros.

Apesar disso, a doutrina ressalva que, somente após o segundo pós-guerra, com o fortalecimento da doutrina pós-positivista que reforça uma série de valores supralegais e que, portanto, para de enxergar a *lei* como a “diretriz suprema” hábil a ser aplicada automática e sistematicamente pelo julgador – até então visto como mera “boca da lei” – é que se passa a

⁶⁴ Conforme já denunciado também por Bustamante, ao tratar dos principais fatores que determinam a força do precedente na prática jurídica, entre os quais se incluem o contexto institucional, a tradição jurídica, a estrutura constitucional (autocompreensão do judiciário, separação de poderes e direito positivado), e outros, conforme vimos com maiores detalhes no item 2.2 acima.

consolidar normas específicas que atribuem aos julgados dos tribunais uma força normativa no ordenamento jurídico (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 193).

Assim, após vivenciar a experiência de que a lei pode ser criada em sentido contrário aos ideais de justiça e aos interesses da sociedade, as constituições - agora infladas de princípios e direitos fundamentais - assumem o protagonismo no ordenamento jurídico, de forma que as leis emanadas pelo parlamento passam a ter controle não somente formal, mas também material, devendo estar substancialmente atreladas aos direitos e garantias expressos no texto da Constituição.

Nesse contexto é que, juntamente com a Constituição, seus intérpretes passam a assumir uma posição de protagonismo no ordenamento jurídico e assim também, via de consequência, suas decisões judiciais. Afinal, se a leis positivadas devem se adequar aos princípios e regras constitucionais, foi necessário, então, atribuir aos julgadores o papel de fazer o controle de constitucionalidade das referidas normas (MARINONI, 2013).

Conforme informa Fernandes (2010, p. 906), desde a Constituição de 1891 já se identifica no sistema judicial brasileiro o chamado controle *difuso* de constitucionalidade, que atribui aos julgadores a faculdade de, ao decidir *casos concretos*, negar incidentalmente a lei que esteja em desconformidade com a constituição, ou atribuir-lhe um sentido judicial a partir das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade.

Sem embargo das discussões acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para tanto⁶⁵, as quais demandariam um novo e exclusivo trabalho acadêmico, o fato é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico concede a todas as instâncias do poder

⁶⁵ Cumpre-nos destacar que, por questões metodológicas, o presente estudo não pretende investigar e travar discussões acerca do movimento de *neoconstitucionalismo*, e tampouco traçar críticas - ainda que eventualmente pertinentes - em relação à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para o chamado *judicial review*, bem como em relação ao chamado "ativismo judicial" comumente denunciado hoje no Brasil. Embora não desconhecamos dos importantes e aprofundados argumentos de ambos os lados acerca da liberdade judicial na criação do Direito e as consequências para o sistema democrático - que, de um lado advoga pela necessidade de proteção e garantia dos direitos fundamentais também das minorias, em uma sociedade complexa e plural cuja representação da democracia não se reduza à simples ideia majoritária (BARROSO, 2012) e, de outro, defende a impossibilidade de se atribuir a autoridade que não foi democraticamente eleita o controle absoluto de atos emanados pelo parlamento, que em última *ratio* representaria o povo, com riscos do Poder Judiciário arvorar-se em um poder arbitrário como "superego da sociedade órfã" (MAUS, 2010) - nos atemos aqui a registrar a importante influência do referido movimento de *neoconstitucionalismo* no fortalecimento do direito jurisprudencial e na necessidade de se definir parâmetros e critérios para a aplicação de *precedentes judiciais*, visando uma maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Tal recorte foi necessário devido ao restrito espaço deste trabalho mas, para maior conhecimento acerca do tema, sugerimos: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008, p. 9-49; BARROSO, Luis Roberto. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n.19, jan./jun. 2012, pp. 109-137; MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; entre outros.

judiciário a prerrogativa de negar vigência a atos legislativos - ao contrário do que ocorre na grande maioria dos sistemas, nos quais o controle de constitucionalidade somente é permitido à corte suprema, e não às instâncias ordinárias - a observância aos precedentes judiciais passa a ser medida ainda mais cogente para garantir a coerência e segurança do ordenamento jurídico, como esclarece Marinoni:

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como corretamente adverte Capelletti, a introdução no *civil law* do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional. (2013, p. 75).

Além da ideia de controle incidental de constitucionalidade, a primeira constituição republicana do Brasil ainda trouxe em seu conteúdo – após a reforma que sofreu em 1926 – os chamados "recursos extraordinários para superação de divergências jurisprudenciais", que representavam, segundo aponta Bustamante, um antecedente do atual Recurso Especial fundamentado em dissídio jurisprudencial que temos na Constituição de 1988. (2013, p.86).

Além das referidas normas constitucionais, nota-se na legislação processual de 1939 a incursão de normas que também previam mecanismos de uniformização de jurisprudência, tais como o instituto do *prejulgado*⁶⁶, um incidente processual de julgamento que "destinava-se à prevenção de uma divergência sinalizada (ou mesmo já constatada)" (MANCUSO, 2010), bem como o chamado recurso de revista, modelo que permanece no âmbito da justiça do trabalho até os dias atuais⁶⁷.

⁶⁶ O referido instituto do *prejulgado*, insculpido no art. 861 do CPC de 1939, previa: "A requerimento de qualquer dos seus juízes, a Câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre a matéria de que dependa a decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre Câmaras ou turmas." (BRASIL, 1939).

⁶⁷ Em sua redação original, o recurso de revista previsto na CLT era cabível sobre as decisões de *última* instância, quando dessem "à mesma norma jurídica interpretação diversa da que tiver sido dada pelo mesmo Tribunal Regional ou pelo Tribunal Superior do Trabalho", ou quando proferida "com violação da norma jurídica ou dos princípios gerais de direito." (BRASIL, 1943). Atualmente, as hipóteses de cabimento do referido Recurso de Revista são ainda mais abrangentes, de modo a tentar garantir uma maior unidade na jurisprudência trabalhista, conforme se vê: "Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal." (BRASIL, 1943).

Posteriormente, já nesse contexto de maior protagonismo das decisões judiciais, e sob a justificativa da necessidade de desafogar o judiciário sobrecarregado de processos pendentes para julgamento com questões idênticas, foram instituídas no ordenamento pátrio, em meados de 1963, as tão questionadas súmulas.

Naquela oportunidade, o referido instituto não foi criado por ato do poder legislativo, mas pelo próprio Supremo Tribunal Federal que, no exercício de sua função *atípica*, alterou o seu regimento interno e instituiu os chamados “Enunciados de Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”.

Embora Vitor Nunes Leal – ex-ministro do STF que, à época, liderou a *Comissão de Jurisprudência* que idealizou e instituiu as súmulas – defenda que o referido instituto foi criado não só com vistas à praticidade e celeridade processual, mas também com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e trazer maior coerência e segurança ao sistema jurídico⁶⁸ (LEAL, 1981), há autores que questionam referida intenção inicial. O processualista Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, mostra-se cético quanto a essa finalidade, e aduz que, em sua concepção, os critérios que realmente nortearam a criação das súmulas naquele momento foram essencialmente quantitativos, no sentido de reduzir o volume de processos em trâmite no STF quando tratassem da mesma questão jurídica. (MARINONI, 2013, p. 480-481)⁶⁹.

De fato, tal motivação pela praticidade e celeridade pode ser observada em alguns momentos como, por exemplo, nas palavras do tributarista Aliomar Baleeiro, também Ministro STF à época:

Em janeiro de 1974, o STF criou a Súmula da Jurisprudência Predominante, que cataloga, em forma concisa, por números, os assuntos em que a Corte fixou interpretação de determinados dispositivos legais (...). Esta medida não só favoreceu a estabilização da jurisprudência, senão que atingiu vários aspectos práticos para tornar-se mais expedito o andamento dos feitos. Os relatores podem mandar arquivar por simples despacho agravos de instrumento e até mesmo recursos extraordinários, quando se apresentam em conflito com a Súmula. Por outro lado, podem deferir, pelo mesmo modo, a subida do recurso extraordinário, se a decisão recorrida se choca com algum número da Súmula. Quando o recurso extraordinário se funda em divergência clara com qualquer verbete da Súmula, ao recorrente basta indicá-lo sem necessidade de provar a existência dos julgados acaso discrepantes. Cada item da Súmula indica o dispositivo legal a que se refere e também os acórdãos do STF que estabeleceram a jurisprudência preponderante. (BALEEIRO apud LEAL, 1981, p. 9).

⁶⁹ Conforme entende o autor, "a súmulas, se não foram idealizadas, foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. Certamente não tiveram preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade. Caso a história judicial houvesse demonstrado tal preocupação, teriam suscitado discussões doutrinárias apropriadas acerca de sua aplicação, bem como decisões que explicassem a sua origem - num contexto amplo - e as razões para sua adoção ou não diante das particularidades fáticas do caso sob julgamento." (MARINONI, 2013, p. 480).

Não obstante, quando as súmulas foram posteriormente incluídas na redação do Código de Processo Civil atualmente vigente⁷⁰, instituído em 1973, passaram a integrar o capítulo intitulado “Da uniformização da jurisprudência”, e o requisito para sua instituição passa a ser a existência de divergência de julgamento sobre determinada matéria, *independente do número de demandas a respeito daquele objeto*, conforme se vê pelos dispositivos legais que integram referido capítulo:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que Ihe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante (BRASIL, 1973).

Em razão disso, por ter sido incluída ao lado dos chamados "incidentes de uniformização de jurisprudência", entendemos que as razões que justificam a instituição das súmulas em nosso ordenamento não podem ser a praticidade e a celeridade, mas, para além disso, a necessidade de trazer uniformidade e coerência para o sistema jurídico, e *somente* esse fundamento poderá justificar a criação de um novo enunciado sumular, ainda que eventualmente sua existência resulte também em uma maior eficiência processual.

⁷⁰ Cumpre-nos destacar que o Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869/73 permanece vigente até a data do depósito desse trabalho, em novembro de 2015, mas será brevemente substituído pelo novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015, que já foi sancionado e se encontra atualmente em *vacatio legis*, com previsão pra entrada em vigor em 16 de março de 2016, conforme será melhor delineado no tópico seguinte.

Afinal, a utilização de precedentes com a finalidade *exclusiva* de reduzir o volume de processos acumulados nos tribunais certamente não contribui para um melhor e mais eficiente desenvolvimento do processo jurisdicional, na medida em que prejudica a indispensável individualização do direito e a concretização das garantias fundamentais individuais.

Por outro lado, quando compreendidas como instrumentos contributivos à integridade do sistema, as *normas jurisprudenciais* poderão auxiliar significativamente na garantia de maior coerência e estabilidade do sistema, como já vimos acima.

De todo modo, o fato é que uma das principais ressalvas que se faz em relação às súmulas não se refere às motivações de sua criação, mas ao momento de sua *aplicação* enquanto precedente de fundamentação em outras demandas, motivo pelo qual o instituto das súmulas lidera, ainda hoje, os questionamentos travados pela doutrina nacional.

É que, muitas vezes, as súmulas são entendidas por alguns juristas como um enunciado meramente descritivo resultante de uma interpretação anterior, o que permitiria uma suposta dissociação dos fatos que lhe deram origem no momento de aplicação enquanto precedente⁷¹.

Não obstante, enxergar as súmulas de tal forma desvia absolutamente de toda a doutrina dos precedentes que estudamos até agora, que traz como um dos pressupostos principais o chamado “princípio da vinculação ao debate”, ou *mootness principle*, como é chamado nos países de origem anglo-saxônica, que implica na necessidade de vinculação da *norma jurisprudencial* ao caso concreto que lhe deu origem. (BUSTAMANTE, 2012).

Conforme denunciam Didier, Braga e Oliveira, a aplicação das súmulas pode vir a ser problemática porque, ao mesmo tempo em que “a invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar”, por outro lado “o procedimento de edição de um enunciado de súmula não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada”. (2015, pp. 488-489).

Ou seja, por serem editados sem vinculação direta a um caso concreto, os enunciados da súmula dificultam uma correta subsunção dos fatos do caso em que será aplicada como fonte normativa aos verdadeiros fatos materiais que lhe deram origem, procedimento que

⁷¹ O próprio Ministro Vitor Nunes Leal, idealizador das referidas súmulas, argumenta de forma expressa que os enunciados das súmulas “não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal. A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal.” (LEAL, 1981, p.11).

entendemos fundamental para uma correta utilização dos precedentes judiciais como fontes normativas, conforme discorreremos no capítulo anterior.

Referido problema é apontado por diversos autores pátrios⁷² que, não obstante concordem com o respeito às normas jurisprudenciais, enxergam nas súmulas - justamente por essa ausência de vinculação direta aos fatos que lhe deram origem - um potencial risco à individualização do direito e concretização das garantias individuais quando da sua aplicação pelos tribunais.

Conforme pontua Lênio Luiz Streck,

os enunciados (pautas gerais) *escondem o aparecer da singularidade dos casos (situação concreta)*. Uma pauta geral, nas suas mais variadas formas, aplicada objetivamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso. É nesse exato sentido a lição de Gadamer, comentando a atualidade hermenêutica da filosofia prática aristotélica: um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação. (STRECK, 2008, p. 171, grifos no original).

Nesse mesmo sentido também ressaltam os professores Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, segundo os quais

a questão da litigiosidade deve ser colocada em debate no Brasil (...) sem perder de foco que cabe ao Poder Judiciário o julgamento de causas e não de teses. Desde já algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo. O suposto é que seja possível estabelecer "*standards interpretativos*" a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de "maior hierarquia", diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o "tema", a "tese" subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi predeterminado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na "tese" que lhes torna idênticos aos anteriores. (2010, pp. 22-24).

Conforme se nota, as legítimas preocupações apontadas pela doutrina fundam-se no fato de que os enunciados sumulares muitas vezes são tratados pelos aplicadores como se normas abstratas fossem, desvinculadas dos fatos concretos que lhe deram origem. Nesse contexto, considerando a necessidade de se alinhar os discursos de aplicação das normas jurisprudenciais apresentados no capítulo anterior, cuja premissa mais importante para a interpretação refere-se justamente à adequação das normas (sejam elas jurisprudenciais ou

⁷² Nesse sentido, ver: STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas, Vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes?* In: Direitos Fundamentais e Justiça, v.5, out-dez. 2008, pp. 162-185; BUSTAMANTE, Thomas. *Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi.* In COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.) Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais ao contribuinte. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65-106; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*. 4a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, entre outros.

não) ao caso concreto, pode-se "perceber o quão perigosa e arbitrária é a ideia de que a praticidade poderia ser o único fundamento das súmulas e, em geral, das reformas por que vem passando o processo civil brasileiro". (BUSTAMANTE, 2013, p. 102).

Por essa razão, sem escusar das importantes discussões acerca da matéria tais como as pontuadas acima, adotamos o posicionamento de enfrentar as súmulas como um instrumento para a busca de *estabilidade e coerência* ao sistema jurídico, e não como um mero mecanismo de praticidade e celeridade, pois acreditamos que, assim, a utilização do referido instituto como fonte normativa obrigará o intérprete/aplicador a buscar, nos casos concretos que fundamentaram a instituição das referidas súmulas, os verdadeiros fatos materiais e a verdadeira *ratio decidendi* que irá vincular os casos subsequentes nos quais será aplicada⁷³.

De todo modo, retomando a linearidade histórica dos precedentes no Brasil, o fato é que a inclusão do instituto das Súmulas de forma *positivada* em nosso ordenamento já representa mais um passo significativo nessa caminhada de valorização das *normas jurisprudenciais* no sistema jurídico pátrio.

Além disso, podemos registrar diversos outros institutos introduzidos em nossa legislação que se inserem nesse mesmo contexto de conceder força normativa ao direito jurisprudencial. O próprio Código de Processo Civil vigente que, quando instituído pela Lei n. 5.869/1973 já trouxe os incidentes de uniformização de jurisprudência mencionados acima, veio sofrendo significativas alterações ao longo dos anos nesse sentido.

Cita-se, como exemplo, três importantes inovações trazidas pela Lei n. 9.756/1998: o parágrafo único introduzido no texto do art. 120 do CPC⁷⁴, que trata dos conflitos de competência, determina que "havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência" (BRASIL, 1973); já o parágrafo único introduzido no texto do art. 481 do CPC⁷⁵, por sua vez, previu a possibilidade de *não* submeter a plenário ou órgão especial aquelas arguições de inconstitucionalidade cuja

⁷³ Tal como procuramos fazer ao analisar as súmulas relativas ao caso concreto estudado nesse trabalho, e será melhor demonstrado no capítulo seguinte.

⁷⁴ "Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente." (BRASIL, 1973).

⁷⁵ "Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão." (BRASIL, 1973)

matéria já tenha sido objeto de pronunciamento dos referidos órgãos ou do plenário do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1973).

Por fim, e talvez a mais relevante das alterações, foi a redação dada ao artigo 557 do Código de Processo Civil⁷⁶, que passou a permitir tanto a *negativa de seguimento* de recurso que confrontasse súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, STF ou Tribunal Superior, quanto o *provimento monocrático* (pelo relator) de recurso cuja decisão recorrida é que esteja em confronto com a jurisprudência dominante do tribunal.⁷⁷

Norma semelhante foi introduzida posteriormente pela Lei n. 11.276/2006 que, ao modificar o teor do artigo 518 do Código de Processo Civil de 1973, passou a autorizar aos Juízes de primeira instância que, em primeiro juízo de admissibilidade, não recebam "recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal"⁷⁸.

Ou seja, nos termos do referido dispositivo, se o recurso de Apelação for interposto de forma a questionar a aplicação de súmula no caso concreto *sub judice*, poderá ser sumariamente inadmitido pelo juízo de admissibilidade.

Referidas inovações, no entanto, embora demonstrem uma certa deferência às decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores e pelo tribunal constitucional, *não* representam, ao nosso ver, um avanço *positivo* em relação ao fortalecimento da doutrina dos precedentes no Brasil, muito ao contrário.

⁷⁶ "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor." (BRASIL, 1973).

⁷⁷ Destaca-se que, em relação ao referido art. 557 do CPC, já existia previsão legal similar contida na Lei n. 8.030/1990, que regulamenta os procedimentos do STF e do STJ, e que previa expressamente em seu artigo 38 que "O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal." (BRASIL, 1990).

⁷⁸ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso (BRASIL, 1973).

Afinal, ao impedir que um recurso seja conhecido e devidamente apreciado pelo tribunal competente para fazê-lo, referidas normas - classificadas pela doutrina como "precedentes obstativos de revisão de decisões" (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015) – também tolhe dos jurisdicionados qualquer possibilidade de discutir, argumentativamente, as teses sustentadas e os precedentes construídos acerca da matéria, de modo a afastá-los daquele caso concreto (*distinguishing*) ou eventualmente superá-los (*overruling*) - técnicas de aplicação absolutamente legítimas, que não devem somente ser permitidas, como até mesmo esperadas no contexto da doutrina dos precedentes, conforme estudamos no capítulo anterior.

Ora, se nem ato legislativo está isento de ser discutido e questionado junto aos tribunais, porque as normas jurisprudenciais possuem tal prerrogativa? Ou seja, ainda que represente uma forma de "respeito" aos precedentes dos tribunais superior e supremo, entendemos que normas tais como as impostas pelos arts. 557 e 518 do CPC/1973 são altamente contraproducentes, pois engessam as discussões acerca de determinadas matérias e dificultam sobremaneira a correta e gradativa evolução do sistema jurídico⁷⁹.

Já em âmbito constitucional, é possível elencar diversas normas presentes na Carta de 1988 que, de alguma forma, demonstram claramente se alinhar à concepção de atribuir força normativa aos precedentes judiciais e à busca por coerência e uniformização jurisprudencial, como, por exemplo, a possibilidade de interposição de Recurso Especial quando fundado em divergência jurisprudencial, prevista já desde o texto originário pelo art. 105, III, c da CF/88⁸⁰.

Além disso, a doutrina costuma pontuar os próprios princípios da igualdade formal previsto pelo art. 5º *caput* da CF/88⁸¹ e da motivação das decisões previsto pelo art. 93, IX da CF/88, como importantes instrumentos normativos nesse contexto da doutrina dos precedentes, conforme esclarecem Didier Jr. e outros:

⁷⁹ Destaca-se que referidas normas, também criticadas pela doutrina pátria pelos motivos que mencionamos, foram posteriormente modificadas pelo Novo Código de Processo Civil (2015), conforme será melhor demonstrado no tópico a seguir.

⁸⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

⁸¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (BRASIL, 1988).

Considerando que a eficácia normativa de um precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo - até porque é nela que está o precedente -, é imprescindível exigir maior *qualidade* na fundamentação de atos decisórios (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 401).

Quanto à referida exigência acerca da devida fundamentação das decisões, inclusive, é necessário destacar importante consideração que vem sendo reiteradamente feita por alguns juristas pátrios: tendo em vista que a decisão judicial abre espaço "para promoção da unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais", os discursos desenvolvidos na formação da decisão têm que ser direcionados à sociedade em geral, e têm que ser capazes de "assegurar correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais". (MITIDIERO, 2012, 68-69).

Conforme aponta o processualista Daniel Mitidiero, é necessário que o Poder Judiciário preocupe-se "não só com o caso concreto no momento da decisão da causa, mas também com as repercussões sociais das suas decisões". (MITIDIERO, 2012, p.61). Isso significa que, nesse contexto da doutrina dos precedentes, tão importante quando um correto discurso na *aplicação* de precedentes judiciais como prevê as normas que vimos citando nesse capítulo, é fundamental se preocupar com o discurso de *formação* dos referidos precedentes judiciais, que precisam ser direcionados à sociedade, já cientes de que eventualmente vincularão uma dezena de decisões posteriores.

Ainda sobre as normas constitucionais que se alinham à cultura de valorização de precedentes no Brasil, nota-se que a modificação mais relevante - e polêmica - na estrutura constitucional adveio com a EC n. 45/2004, conhecida como a Emenda da "Reforma do Judiciário", que introduziu ao teor do art. 103-A da CF/88⁸² as tão questionadas Súmulas Vinculantes.

⁸² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja 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.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988).

Se, como mencionamos acima, as Súmulas meramente persuasivas já suscitaram grande debate doutrinário em razão do alto grau de abstração e desvinculação dos casos concretos que lhes deram origem, as Súmulas previstas pelo art. 103-A da CF/88 trouxeram um elemento a mais à discussão: o fato de serem necessariamente vinculantes para os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

Assim, além das recorrentes críticas quanto à desvinculação aos fatos concretos, passou-se a questionar, em relação às súmulas vinculantes, sua falta de legitimidade democrática. É que, segundo denuncia a doutrina crítica, referido instituto, justamente por se caracterizar em enunciado normativo geral, abstrato, e com força vinculante no ordenamento, na verdade estaria se arvorando como se enunciado legislativo fosse, mas, no entanto, instituídos por Poder ilegítimo para tal, e sem submeter ao necessário processo legislativo (LEAL, 2005).

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, que antes mesmo de se tornar Ministra do Supremo Tribunal Federal, era grande crítica ao instituto das súmulas vinculantes,

A adoção de “súmula vinculante” rompe a tradição constitucional republicana brasileira e os princípios constitucionais atuais brasileiros, tolhe direitos dos cidadãos, compromete o princípio da legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República, afronta o princípio da independência do juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido, e não é dada como certa para a correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada. (ROCHA, 1997, p.63).

De fato, não há como negar que o instituto das súmulas tende a se afastar do propósito ideal da doutrina dos precedentes mas, no nosso ponto de vista, mais pela questão da abstração e da desvinculação ao caso concreto, que pelo fato de ser vinculante em si.

É que, conforme denuncia Alexandre Bahia, tendo em vista a necessidade de individualização do direito nos casos concretos, uma vez que "a igualdade, por vezes, também significa respeito à diferença" o ideal de uniformidade jurisprudencial não pode se sobrepor à "eventualidade justificada de alteração que privilegie a concretude e singularidade do caso" (BAHIA, 2014, p. 298), ou seja, não pode se sobrepor à possibilidade de o jurisdicionado realizar a distinção do seu caso em relação ao precedente (*distinguishing*) que se pretende aplicar, o que somente será possível "fazendo comparação entre as hipóteses fáticas a permitir a aplicação do anterior ao novo". Assim, defende o autor, o mesmo raciocínio deve nortear a aplicação das súmulas, ou seja, “o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhes deram origem” (BAHIA, 2014, p. 298).

Além das chamadas Súmulas Vinculantes, a chamada "Reforma do Judiciário" ocorrida em 2004 também introduziu em nosso ordenamento dois outros institutos frequentemente discutidos pela doutrina pátria no contexto da doutrina dos precedentes judiciais: o instituto da Repercussão Geral, introduzido pela Lei n. 11.418/2006 ao art. 543-B⁸³ do CPC/1973, e o instituto dos Recursos Repetitivos, introduzido pela Lei n. 11.672/2008 ao artigo 543-C⁸⁴ Código de Processo Civil de 1973.

Referidas técnicas de padronização decisória, inspiradas principalmente no direito alemão e conhecidas como "caso-piloto", "processo-mestre" ou "caso teste", se aplicam aos casos em que houver demandas comprovadamente repetitivas sobre uma mesma matéria e consistem essencialmente "em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida

⁸³ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral (BRASIL, 1973).

⁸⁴ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo (BRASIL, 1973).

uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos" (GRINOVER, 2008, p. 5).

No caso do artigo 543-B do CPC/1973, a Repercussão Geral – ou seja, a transcendência econômica, política, social ou jurídica –, que nos termos do artigo anterior⁸⁵ já comporta requisito de admissibilidade de recurso ao STF, passa a ser usada também como critério suficiente para selecionar um ou mais casos representativos de determinada controvérsia repetida, e sobrestar todos os demais recursos extraordinários que tratem da mesma matéria até que o referido representativo seja definitivamente julgado. Assim, após o referido recurso representativo de controvérsia ser definitivamente julgado, funcionará como um precedente para todos os outros que se encontravam sobrestados, que deverão ser apreciados.

Quanto aos chamados Recursos Repetitivos previstos pelo art. 543-C do CPC, embora não tenha qualquer relação com requisito de admissibilidade, trata-se de técnica de julgamento de recursos muito semelhante à do art. 543-B, mas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: sempre que houver demandas repetitivas sobre determinada matéria, o tribunal de origem já poderá selecionar um ou mais recursos que sejam representativos de controvérsia, os quais serão remetidos ao STJ para julgamento enquanto os demais deverão aguardar o julgamento definitivo do(s) caso(s) paradigmas.

Na mesma linha de questionamentos feitos a outros institutos de uniformização decisória, conforme mencionado acima, as técnicas previstas pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973 sofrem muitas críticas quanto aos riscos de massificação das decisões e inobservância das particularidades dos casos concretos, vez que as *normas adscritas* proferidas nos paradigmas serão aplicadas sumariamente a todos os casos sobrestados⁸⁶.

⁸⁵ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (BRASIL, 1973).

⁸⁶ Nesse sentido crítico, Georges Abboud entende que "a decisão voltada de efeito vinculante, nos termos dos artigos. 543-B e 543-C do CPC, almeja constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional, de modo que se tornaria descipiendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas em razão da aplicação dos arts. 543-B e 543-C do CPC. (ABBOUD, 2013, p. 522).

Embora concordemos com a legitimidade das preocupações suscitadas, entendemos que a solução não se encontra no fim dos referidos institutos, que podem vir a ser bons instrumentos de efetividade processual quando utilizados corretamente, mas no aprimoramento e na difusão dos conceitos referentes à doutrina dos precedentes judiciais, para que as técnicas de aplicação, afastamento ou superação de precedentes sejam mais e melhor utilizadas pelos juristas práticos. Afinal, ambas as normas previstas pelos arts. 543-B e 543-C do CPC prevêm a possibilidade de os Julgadores dos processos sobrestados decidirem em sentido diferente do que for decidido no paradigma, aplicando a chama técnica do *distinguishing* que, por óbvio, requererá um certo esforço argumentativo do intérprete, conforme já vimos anteriormente.

O que, em nosso ponto de vista, merece maior destaque em relação às referidas técnicas previstas pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, refere-se ao momento de formação dos precedentes criados no julgamento dos casos representativos de controvérsia. É que, tendo ciência de que referidos casos impactarão centenas de outros casos semelhantes, é necessário que os julgadores abordem argumentativamente *todos* os fatos materiais apresentados pelas partes, pelos *amici curiae*, etc., e assim considere todas as possibilidades com a maior pretensão de universalizabilidade possível, de forma que os julgadores e partes dos processos sobrestados tenham em mãos os elementos necessários para ou aplicar referido paradigma pela técnica de subsunção, ou afastá-lo naquele caso concreto pela técnica de *overruling*. (BUSTAMANTE, 2012).

Ou seja, retomando o que suscitamos poucos parágrafos acima, tão importante quanto o domínio da técnica no momento de *aplicação* dos precedentes judiciais, deve ser o cuidado argumentativo no momento de *formação* dos referidos paradigmas, que devem ser inquestionavelmente submetidos a processo discursivo-racional, já que serão aplicados vários casos distintos, embora com discussões semelhantes.

Nesse sentido, reconhecendo todas as críticas suscitadas acerca dos referidos institutos que tratam dos precedentes no Brasil, resumidamente citados acima, Dierle Nunes faz interessantes proposições para um melhor desenvolvimento da Teoria dos Precedentes no Brasil, sem que seja necessário invalidá-los, com as quais concordamos integralmente, conforme se vê:

O processualismo constitucional democrático por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o civil law e common law, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a

reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país.

Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais:

1.º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no common law se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado.

2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (overruling) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática.

3.º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (stare decisis horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjeto) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (distinguishing) ou de superação (overruling). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (stare decisis vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do common law, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos.

5.º – Estabelecimento de fixação e separação das ratione decidendi dos obiter dicta da decisão: a ratio decidendi (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o obiter dictum constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais (...)

6.º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (distinguishing) e superação (overruling) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de common law. (NUNES, 2011, p. 66-69).

3.1.2 Nota sobre o novo CPC

Conforme já suscitado em algumas passagens do presente trabalho, quando do depósito da dissertação, permanecia vigente o Código de Processo Civil instituído pela Lei nº

5.869/73. Mas, como é de conhecimento público, o Código de Processo Civil de 1973 será brevemente substituído pelo novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015, já devidamente sancionada e em *vacatio legis*, com previsão pra entrada em vigor em 18 de março de 2016.

Seguindo a tendência de valorização dos precedentes a qual o nosso sistema jurídico vem gradativamente demonstrando nas últimas décadas, o Novo Código de Processo Civil não foi diferente: ao passo que manteve diversas das normas que concedem força normativa aos precedentes judiciais, o referido instrumento normativo mostrou-se, por outro lado, poroso às diversas críticas e apontamentos doutrinários sofridos ao texto anterior, exsurgindo-se como uma evolução e aprimoramento dos institutos relativos aos sistemas de precedentes judiciais.

De fato, conforme ressaltam Nunes e Horta, “ao se perceber este quadro adulterado é que surge o CPC/2015, com uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leve a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento” (2015, p. 306).

Quanto à mencionada gama de dispositivos relativos aos precedentes, todos lidos à luz da exigência de fundamentação, vale – ainda que de forma breve e sem a profundidade que deveria ser exigida de um estudo específico sobre o novo CPC – suscitar alguns, em virtude de sua grande relevância.

Um exemplo dessas alterações positivas, foi a retirada de alguns dos institutos que julgamos prejudiciais à evolução do direito no contexto da doutrina do *stare decisis*, como, por exemplo, a chamada “súmula impeditiva de recurso” prevista pelo art. 518, §1º do CPC/73, o qual obsta a possibilidade de apresentar recurso de apelação na hipótese em que a decisão recorrida esteja em conformidade com súmula ou “jurisprudência dominante” do tribunal, cujas críticas apresentamos no tópico anterior.

Em relação aos incidentes de uniformização de jurisprudência e de solução de demandas repetitivas previstos pelo Código de 1973, nota-se que o Novo Código de Processo Civil modificou pouco quanto à estrutura, mas atribui-lhes um elemento essencial no contexto da teoria dos precedentes judiciais, qual seja a obrigatoriedade de fundamentação e vinculação aos fatos concretos, conforme se verifica pelo teor dos artigos 926 a 928 do CPC/2015⁸⁷.

⁸⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Mas, o mais importante em relação a esses institutos de solução de demandas repetitivas, foi a previsão – agora expressa – da possibilidade de se fazer a distinção (*distinguishing*) dos casos concretos em relação ao caso representativo de controvérsia, podendo assim afastar a aplicação daqueles precedentes caso os casos concretos não se adequem aos fatos materiais e à *ratio* do caso paradigma, conforme se constata pelo teor dos arts. 1.037, §§ 9º e seguintes e 1.042, §1º, II do Novo CPC⁸⁸, o que acreditamos melhorar

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (BRASIL, 2015).

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;

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.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015).

⁸⁸ Art. 1.037. (...).

(...).

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator (BRASIL, 2015).

sobremaneira a aplicação dos referidos institutos em relação à *qualidade* da prestação jurisdicional, e não somente a *eficiência*.

Outra mudança positiva trazida pelo Novo Código de Processo Civil, foi o reforço à participação efetiva não somente das partes jurisdicionadas, garantindo que não haja decisão sem que lhes tenha sido oportunizado o direito de se manifestar⁸⁹, mas também dos *amici curiae*, que ganham a possibilidade de recorrer das decisões proferidas em sede de recurso Repetitivo, já que referida decisão impactará diversas partes não envolvidas no caso concreto em questão⁹⁰. Entendemos que essa mudança também contribui para garantir a integridade e coerência num sistema de precedentes judiciais, vez que possibilitará a apresentação do maior número de fatos materiais ao julgamento dos casos representativos de controvérsia, garantindo assim uma mais ampla argumentação discursiva que passe a considerar o maior número de possibilidades e, via de consequência, garanta um maior grau de universalizabilidade da decisão proferida.

Ainda, outra inovação do Novo Código de Processo Civil que trará consequências não somente para a doutrina dos precedentes judiciais, mas também para o Direito Tributário, refere-se ao chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” previsto expressamente pelo art. 976 do Novo CPC⁹¹.

⁸⁸ Art. 1.042. (...).

(...).

§ 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:

I - a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo;

II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:

a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;

b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida (BRASIL, 2015).

⁸⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (BRASIL, 2015).

⁹⁰ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.

§2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

⁹¹ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

Conforme elucidam os professores Hugo Segundo e Raquel Machado,

Trata-se de incidente a ser instaurado perante os Tribunais de Apelação (no caso, TRFs ou TJs), mas cujo acórdão poderá ser atacado por meio de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário, provocando o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a matéria de sorte a emprestar abrangência nacional à decisão (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015a, p. 175).

Para os referidos tributaristas, a relevância do mencionado instituto para o processo tributário decorre da existência de muitas ações que discutem praticamente as mesmas questões “*de direito*, ligadas à validade ou à interpretação de dispositivos normativos” (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015a, pp. 175-176), o que, de fato, ao nosso entender, pode ser extremamente positivo para a solução de litígios em matéria tributária, desde que respeitadas as normas previstas pelo art. 489 do CPC/2015⁹², que tratam do dever de fundamentação das decisões, conforme ressalvam os autores.

Cumpre-nos destacar, nesse contexto, o teor do art. 489 como uma das principais inovações trazidas pela reforma do Código de Processo Civil no que se refere à valorização de um sistema de precedentes em nosso ordenamento. Afinal, referido dispositivo não dispõe apenas do dever de fundamentação das decisões, exigência já prevista no código anterior, mas

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

⁹² Art. 489. (...).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

explicita claramente que não será considerada fundamentada aquela decisão que citar motivações genéricas aplicáveis a quaisquer outras decisões, que não enfrentar todos os argumentos trazidos ao caso, que aplicar/ou deixar de aplicar precedente sem antes cotejar devidamente todos os fatos e fundamentos necessários, dentre outras previsões.

Com razão, o Novo CPC traz em seu bojo não apenas uma extensa gama de dispositivos legais destinados à regulação da criação, aplicação, distinção e superação dos precedentes, mas – o que é mais importante – o faz lastreado na exigência de fundamentação das decisões judiciais. Por essa razão é que, a nosso ver, o referido art. 489 é a inovação do Novo Código de Processo Civil que merece maior destaque, porquanto traz em seu conteúdo diversos dos institutos e conceitos advindos da doutrina dos precedentes, tais como os que demonstramos no capítulo anterior (*distinguishing*, *overruling*, analogia, obrigatoriedade de vinculação aos casos concretos, etc.), o que, acreditamos, contribuirá sobremaneira para um maior amadurecimento e evolução da prática jurisprudencial no sistema brasileiro.

3.2 Consequências práticas do uso de precedentes no Brasil - Relatório do CNJ: "A Força normativa do direito judicial"

Conforme demonstramos no tópico anterior, é mais que notória a trajetória pela qual o nosso ordenamento jurídico vem seguindo, no sentido de reconhecer força normativa aos precedentes judiciais. Mas um questionamento importante que se deve fazer nesse contexto é: na prática jurídica, a introdução das referidas normas tiveram efeitos positivos? Os resultados foram apenas numéricos, ou também trouxeram ao nosso sistema jurídico maior coerência e segurança jurídica, tal como se espera de um sistema que respeite uma doutrina dos precedentes? Os juristas práticos e magistrados no Brasil sabem fazer o uso das técnicas de aplicação dos precedentes judiciais?

Foi com base nesses questionamentos é que um grupo de pesquisa do qual fizemos parte desenvolveu, ao longo dos anos de 2013 e 2014, um extenso trabalho de investigação empírica com base na jurisprudência dos tribunais brasileiros e cujos resultados foram recentemente publicados em relatório final denominado "A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário" (CNJ, 2015), os quais apresentaremos de forma resumida a seguir.

Referida pesquisa – encomendada e financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, e concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas

Gerais (UFMG), sob a coordenação geral do Professor Thomas da Rosa de Bustamante – partiu, inicialmente, de uma investigação com caráter eminentemente empírico da prática dos tribunais brasileiros relativamente à observação de precedentes e súmulas (CNJ, 2015, p. 09). Conforme descrito no relatório: “estudou-se, em particular, os fundamentos apresentados nessas decisões, com vistas a obter uma descrição a mais exata possível do grau de vinculatividade atribuído aos diferentes tipos de precedentes judiciais no Direito Brasileiro (...)”. (CNJ, 2015, p. 10).

Para empreender dita investigação, o grupo de pesquisa partiu basicamente de três problemas: inicialmente, de uma indagação acerca do grau de efetividade, ou seja, de observância efetiva, pelos tribunais, dos instrumentos para aplicação dos precedentes inseridos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004⁹³; em segundo lugar, da forma através da qual os precedentes e as súmulas têm sido aplicados, observados e afastados pelos tribunais brasileiros, bem como a fundamentação apresentada – ou não – pelos magistrados para tanto; e, por fim, da análise das propostas do então Projeto de Novo Código de Processo Civil para a solução dos dois primeiros problemas suscitados. (CNJ, 2015, pp. 13-14).

Suscitados estes problemas, a pesquisa dedicou-se ao levantamento de dados, relativos não apenas às decisões judiciais efetivamente consideradas, mas também àquelas que serviram de paradigmas para a formulação de súmulas, colhidos no Supremo Tribunal Federal (STF); no Superior Tribunal de Justiça (STJ); no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1); no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4); no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5); no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG); no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT); no Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA); no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB); e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) (CNJ, 2015, p. 15).

Assim, para empreender uma análise do processo de formação e da vinculatividade das súmulas; do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da autoridade das suas decisões; dos processos de formação e de aplicação dos recursos representativos de controvérsia; e do processamento, sobrestamento e rejuízo de recursos especiais em casos de questões de direito representativas de controvérsias, foram levantados, a partir dos

⁹³ Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. (BRASIL, 2004).

mencionados tribunais, cinco diferentes grupos de fontes de pesquisa, sendo os seguintes (CNJ, 2015, pp. 17-18):

[...] o primeiro composto pelas súmulas (vinculantes ou não) do STF e do STJ (que foram apreciadas em sua aplicação pelos Juízos de Primeiro Grau e pelos Tribunais de segunda instância, por meio da técnica da súmula impeditiva de recurso, prevista no art. 518, § 1º, do CPC, e pelo próprio STF, no julgamento de Reclamações previstas no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República); o segundo composto pelas decisões que aplicam essas súmulas, na Primeira Instância e nos Tribunais (em sede de Agravo de Instrumento), para negar seguimento aos recursos de Apelação que contenham pretensões de direito contrárias a estas súmulas; o terceiro composto por decisões do STF em sede de Reclamações para a preservação da autoridade de suas Súmulas e decisões vinculantes; o quarto composto por uma amostra de recursos representativos de controvérsia julgados pelo STJ, com vistas a se realizar uma avaliação qualitativa do processo de formação dos precedentes representativos de controvérsia; e o quinto grupo composto pelas decisões, nos tribunais de segunda instância, relativas ao sobrestamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-A, § 1º, do CPC) e ao reexame de recursos após o julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsias (art. 543-A, § 7º, I e II do CPC). (CNJ, 2015, p. 16).

Vale frisar que os mencionados dados foram coletados entres os meses de novembro de 2013 e fevereiro de 2014 e, portanto, enquanto o novo Código de Processo Civil era ainda um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. (CNJ, 2015, p. 11).

Após dita investigação empírica, a pesquisa dedicou-se à avaliação criteriosa dos dados coletados, a partir de um arcabouço teórico, compreendendo, como sustentou o relatório, “uma valoração hermenêutica desses dados empíricos consoante os parâmetros normativos e político-ideológicos que provêm da ratio legis e das principais disposições legislativas referentes ao precedente judicial no Projeto de Novo Código de Processo Civil”. (CNJ, 2015, p. 11).

Somente após a combinação de ambas as vertentes da pesquisa, foi possível a apresentação de resultados que representassem não apenas um diagnóstico da observação e da aplicação dos precedentes pelos tribunais brasileiros, mas também um prognóstico da situação descrita e criticada. (CNJ, 2015, p. 11). Entre estes resultados, foram apresentados, destacadamente, dados e análises críticas da situação da construção das súmulas e da sua aplicação, da definição dos recursos representativos de controvérsia, bem como dos processos vinculados a estes paradigmas e, por fim, da deliberação e do julgamento das reclamações constitucionais. (CNJ, 2015).

Quanto à construção das súmulas, pode-se sintetizar os resultados alcançados nas seguintes considerações: os Tribunais constroem as súmulas, em regra, dentro das competências que lhe foram constitucionalmente atribuídas e após a consolidação de

entendimento consentâneo pelas turmas e plenário do Supremo Tribunal Federal e pelas seções e corte especial do Superior Tribunal de Justiça. (CNJ, 2015, p. 51).

Foi constatado pela pesquisa, entretanto, que a exigência de reiteração de casos semelhantes⁹⁴ para a formulação das súmulas nem sempre foi respeitada, havendo casos em que a súmula havia sido formada após apenas dois ou três casos paradigmas. (CNJ, 2015, p. 51). Conforme muito bem frisou o relatório final da pesquisa sobre os precedentes no Brasil, “o descumprimento desse requisito torna o debate sobre a promulgação da súmula uma questão de ‘conveniência e oportunidade’ e faz o discurso jurídico se aproximar perigosamente do discurso legislativo, tornando tênue a fronteira entre a legislação e a jurisdição”. (CNJ, 2015, p. 142).

Além disso, também não são disponibilizados os debates que permitiram ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça alcançarem a conclusão pela necessidade de construção de um súmula, razão pela qual os argumentos aduzidos para tanto não puderam ser analisados pelos pesquisadores, assim como não são acessíveis aos demais interessados. (CNJ, 2015, p. 51).

Relativamente à aplicação das súmulas pelas instâncias ordinárias, conforme demonstrou a mencionada pesquisa, entretanto, há severas críticas. A atecnia na aplicação das súmulas demonstrou a completa ausência de fundamentação e a absoluta despreocupação com a construção de decisões que impliquem na aplicação de súmulas com base em uma racional argumentação jurídica.

Verificou-se, durante a análise dos processos e preenchimento dos questionários, que em alguns processos o juiz sequer citou alguma súmula para fundamentar a inadmissão da apelação. Nestes casos o juiz apenas informou existir súmula do STF ou do STJ que justificaria a inadmissão. Esta hipótese ocorreu nos processos n. 0645391-91.2005.8.21.0001, n. 70019904028, n. 70020727137, n. 70015993108, n. 70022100309, n. 70018758888, n. 70018460808, n. 70016502080 e n. 70016110819 do TJRS, no processo n. 0004583-14.2010.4.01.0000 do TRF1 e nos processos n. 5006137-75.2011.4.04.0000 e n. 5015151-15.2013.4.04.0000 do TRF4.
(...).

Os resultados obtidos nesta questão demonstram não haver uma grande preocupação por parte dos magistrados em fundamentar de forma substancial a aplicação da súmula ao caso analisado por eles, uma vez que, em sua maioria, apenas citam o número da súmula e, em outros casos, sequer citam alguma súmula, o que compromete de maneira perigosa o princípio do contraditório processual.

⁹⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). (BRASIL, 1988).

A aplicação da súmula, em quase todos os casos, é realizada de maneira destacada dos precedentes que a originaram, como se a súmula fosse um ato normativo autônomo. Raramente se invoca a *ratio decidendi* do caso que a originou e nunca se cita a ementa do precedente que a estabeleceu.

De maneira mais grave, há casos em que nem sequer o número da súmula é citado e casos em que meramente se afirma haver jurisprudência consolidada nos “Tribunais Superiores” (sem dizer inclusive qual dos dois tribunais se trata) para se negar seguimento à apelação. (CNJ, 2015, pp. 57-58).

Enfim, o relatório final da pesquisa fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça permitiu o levantamento de dados críticos sobre a construção e, ademais, sobre a aplicação das súmulas pelos tribunais brasileiros.

Quanto à deliberação e ao julgamento das reclamações constitucionais – previstas no artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição da República de 1988⁹⁵ e regulamentada pelos artigos 13 a 18 da Lei 8.038 de 1990⁹⁶ até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, quando os seus artigos 988 a 993 passarão a fazê-lo –, a pesquisa conseguiu demonstrar a fragilidade da garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, em virtude, sobretudo, da dificuldade de se definir a *ratio decidendi* dessas decisões. (CNJ, 2015, p. 85).

Isso se deve, sobretudo, ao modelo de julgamento com decisões do tipo *seriatim* – ou seja, decisão formada por vários votos que alcançam, sem sua maioria, um provimento jurisdicional semelhante, mas por fundamentos possivelmente distintos. (CNJ, 2015, p. 86). Assim, em regra, o STF firma, em suas decisões, um dispositivo comum ao final dos votos, mas não sustenta, a bem da verdade, uma *ratio decidendi* para sustentar aquela decisão, havendo sim uma variedade de *ratione decidendi* apresentadas por cada qual dos votos, muitas vezes bastante discrepantes.

⁹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...).I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (BRASIL, 1988).

⁹⁶ Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível. (BRASIL, 1990).

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. (BRASIL, 1990).

Relativamente ao procedimento de formação de precedentes por meio da sistemática processual dos recursos representativos de controvérsia prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil – que, conforme já suscitado, determina que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento na mesma questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ, determinando a suspensão dos demais recursos especiais até a decisão de mérito do STJ sobre os recursos representativos da controvérsia –, a pesquisa concluiu que os ministros são bastante sucintos na apresentação de justificativas para determinar um recurso como representativo de controvérsia. (CNJ, 2015, p. 95).

Quanto à construção dessa justificação, constatou-se que raramente o Superior Tribunal de Justiça lança mão de argumentos suscitados por terceiros interessados – como os *amici curiae* – para a construção do precedente (CNJ, 2015, p. 95) e que, em grande parte das oportunidades, os precedentes apresentam caráter super ou subinclusivo em relação aos recursos paradigmas.

Nos 50 processos analisados, em determinados casos, a regra jurisprudencial fixada para o tema decorrente do acórdão abordava mais elementos (superinclusão) de situações do que o Recurso escolhido como representativo de controvérsia demandaria. Em outros casos, os elementos foram constatados como deficientes em relação à situação fática que pretende regular (subinclusão). (CNJ, 2015, p. 97).

Além disso, relativamente à aplicação dos precedentes de acordo com a lógica do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, a pesquisa também alcançou a conclusão de que “há uma tendência preocupante de o Tribunal de origem ignorar os argumentos dos Recorrentes que não foram analisados no Recurso Representativo de controvérsia, uma vez que metade deles tiveram seus argumentos ignorados”. (CNJ, 2015, p. 115). Com razão, dos 182 processos analisados sob essa perspectiva, 59 processos abordavam questões que não eram tratadas pelo recurso alçado ao status de representativo de controvérsia. (CNJ, 2015, p. 114).

Mas, de acordo com o relatório final da pesquisa financiada pelo CNJ, relativamente à aplicação dos precedentes de acordo com a técnica do artigo 543-C do Código de Processo Civil “o maior problema encontrado é o da ausência de fundamentação da decisão que determina o sobrestamento dos processos que disponham sobre a mesma questão que um recurso julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos”. (CNJ, 2015, p. 125). Em diversos casos, foi constatada a ausência de apresentação de qualquer razão para tanto, restringindo-se a um carimbo que determina o sobrestamento do trâmite do feito.

Relativamente às propostas trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), o relatório final da pesquisa inicialmente enfatiza a importância de a nova lei processual atribuir não apenas efetiva força vinculante ao precedente judicial, mas, ainda, “um caráter argumentativo e racional”. (CNJ, 2015, p. 137).

O relatório ainda destaca a coerência do novo Código de Processo Civil ao regular não apenas os casos aos quais se aplicam os precedentes, mas, ainda, aqueles aos quais a eficácia vinculante do precedente não atinge, permitindo a efetiva e fundamentada aplicação do *distinguishing*. (CNJ, 2015, p. 139).

A exigência de fundamentação de todas as decisões – seja a que aplica ou a que afasta a aplicação do precedente –, bem como a consideração e o enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão alcançada pelo juiz são, contudo, os pontos fulcrais do novo Código de Processo Civil, sob a ótica do relatório final de pesquisa. (CNJ, 2015, p. 139).

Outro importante passo adotado pelo novo Código de Processo Civil para o enfrentamento dos problemas suscitados no decorrer do relatório de pesquisa do CNJ foi impor “que o mesmo processo de diferenciação e comparação de precedentes se aplica também às súmulas jurisprudenciais, [...] na medida em que fica proibido ler as súmulas jurisprudenciais isoladamente, sem referência aos casos que levaram à sua promulgação, que passam a ser tidos como parte da súmula”. (CNJ, 2015, p. 141). Em outros termos, há previsão legal impondo o afastamento da aplicação rasa e automática das súmulas.

Em virtude dos problemas suscitados, o relatório final da pesquisa propõe algumas medidas que devem ser adotadas para que sejam enfrentados com eficácia os ditos problemas relatados. Inicialmente, o relatório da pesquisa faz menção à importância de haver uma cobrança ao efetivo cumprimento da exigência de que haja reiteradas decisões para a construção de uma súmula. (CNJ, 2015, p. 142).

Além disso, o grupo de pesquisa sugere seja revogadas as súmulas nas quais o Supremo Tribunal Federal trata de matérias infraconstitucionais, sugerindo, ainda, seja o Superior Tribunal de Justiça imbuído desta tarefa de revogação. (CNJ, 2015, p. 142). No mesmo sentido, o relatório defende que o STJ e os tribunais de segunda instância não apliquem as mencionadas súmulas, nem aquelas súmulas que imponham interpretações de dispositivos de lei revogados, salvo em caso de haver entendimento consentâneo no próprio STJ. (CNJ, 2015, p. 143).

Partindo do constatado caráter excessivamente abstrato de algumas súmulas, o relatório final da pesquisa financiada pelo CNJ defende que “não se deve admitir a força

vinculante de súmulas cujo procedimento de elaboração ‘discute teses, doutrinas e considerações que vão além da regra judicial sedimentada na jurisprudência’”. (CNJ, 2015, p. 143).

Diante da constatação do problema da reiterada ausência de uma *ratio decideindi* comum entre os votos dos ministros do STF em sede de reclamações constitucionais, sobretudo em virtude de os julgamentos se encerrarem com decisões do tipo *seriatim*, a equipe de pesquisa também recomenda seja construída uma norma que imponha aos ministros do STF votem, após a construção do dispositivo da decisão, também “os pontos de consenso ou as ‘regras judiciais’ que podem ser utilizadas como parâmetros futuros para a decisão de casos vindouros e para o julgamento das Reclamações constitucionais”. (CNJ, 2015, p. 144).

O relatório final da pesquisa frisa, ainda, a relevância de que este aumento no poder normativo dos tribunais seja acompanhado de um aumento do acesso às informações sobre os julgamentos, sendo concedida ampla publicidade às decisões e às deliberações havidas nos tribunais. (CNJ, 2015, p. 145).

Por fim e de forma mais notória, o relatório retoma a crítica veemente aos métodos de escolha de recursos representativos de controvérsia – ou a ausência deles, vez que em diversas oportunidades feita por mero carimbo – e frisa a necessidade de plena motivação e responsividade das decisões em face dos argumentos aduzidos pelas partes e interessados, como imposto pelo artigo 1.038, §3º, do novo Código de Processo Civil⁹⁷, tendo em vista os já relatados reiterados casos de sub e superinclusão dos recursos representativos de controvérsia. (CNJ, 2015, pp. 145-147).

Enfim, o relatório de pesquisa "A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário" se debruçou detidamente sobre problemas práticos patentes da construção, da aplicação e do afastamento de precedentes na prática jurídica brasileira. Por meio do relatório, foi possível afirmar categoricamente que o direito brasileiro está sofrendo uma alteração profunda, bastante influenciada pelas práticas do *common law*. Foi possível afirmar, ainda, que essa alteração ainda tem sido, em considerável número de casos, mal assimilada pelos tribunais. Por fim, foi possível atestar, por meio do relatório final da pesquisa, que o novo CPC apresenta propostas bastante atraentes para enfrentar grande parte dos problemas de assimilação da prática da construção e aplicação dos precedentes.

⁹⁷ Art. 1.038. (...).

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários (BRASIL, 1973).

De uma forma geral e ampla, portanto, a referida pesquisa empírica concluiu que a aplicação prática de normas jurisprudenciais no Brasil, embora tenha produzido consequências positivas quanto ao aumento da efetividade processual, ainda esbarra em alguns óbices quanto às técnicas de aplicação dos precedentes judiciais como fonte normativas, que precisam ser melhor desenvolvidas e assimiladas pelos tribunais e pelos juristas no Brasil para que consiga alcançar os fins colimados, razão pela qual o presente trabalho se justifica.

3.3. Dados estatísticos e posicionamentos doutrinários em relação ao uso de precedentes em matéria tributária

Assim, se, conforme demonstrado acima, o fenômeno de aplicação do precedente judicial vem sendo cada vez mais evidente no ordenamento jurídico brasileiro – tanto pela já consolidada prática de atribuir força normativa às decisões judiciais, como pela positivação de institutos que expressamente cumprem esse papel⁹⁸ –, verifica-se que os precedentes criados especificamente no âmbito do direito tributário representam um volume consideravelmente significativo: de acordo com dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aproximadamente 39% dos casos de Repercussão Geral que chegam ao STF são de matéria tributária⁹⁹; aproximadamente 27% dos julgamentos realizados em sede de Recursos Repetitivos no STJ também são de matéria tributária; e, do volume total de processos em trâmite na justiça brasileira no ano de 2010, mais 32% deles correspondiam a ações de Execução Fiscal, além das diversas outras demandas em matéria tributária não contabilizadas nessa estatística.

E mais, se os números acima já se mostram significativos por si só, importante destacar que o impacto produzido pela aplicação dos referidos institutos (súmula, repercussão geral, recursos repetitivos, etc.) nos tribunais inferiores é exponencialmente maior. De acordo com levantamento estatístico publicado pelo Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo, os 198 processos que já tiveram julgamento definitivo de mérito pela corte com reconhecimento da repercussão geral até novembro de 2014, foram suficientes para impactar

⁹⁸ Nesse caso não nos referimos somente às súmulas (vinculantes ou não) previstas pelo art. 103-A da CR/88 e 479, ao instituto da Repercussão Geral previsto pelos arts. 102, §3º da Constituição e arts. 543-A e 543-B e aos julgamentos em sede dos chamados Recursos Repetitivos, nos termos do artigo 543-C, todos do CPC vigente. Nos referimos também às normas do novo CPC (Lei n. 13.105 de 2015) que, recém aprovado e sancionado, aguardando apenas o transcurso da *vacatio legis*, atribui de forma ainda mais efetiva uma força normativa-vinculante aos precedentes judiciais.

⁹⁹ CNJ. Relatório “*Justiça em Números*”. Anos: 2010, 2011 e 2012. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 05/10/2015.

mais de 167.400 processos em trâmite nos tribunais inferiores¹⁰⁰. Além desses, deve-se considerar ainda o impacto causado pela aplicação das súmulas, dos julgamentos em sede de recurso repetitivo, além das demandas ordinárias em que os precedentes judiciais têm sido a própria razão de decidir.

Vê-se, portanto, que de fato há um número significativo de demandas judiciais em matéria tributária que vêm formando padrões decisórios vinculantes nos tribunais superiores, o que já justifica a importância de se fazer uma análise mais detida desses processos discursivos de formação de precedentes.

Uma possível razão para esse volume de ações em matéria tributária, segundo aponta o Professor e Desembargador Federal Marcus Abraham¹⁰¹, seria o fato de as relações jurídico-tributárias serem de caráter compulsório e fundadas em direito público, submetendo um sem número de indivíduos a obrigações (tributárias) independente das manifestações de vontade, o que majora significativamente o potencial multiplicador dessas demandas.

No entanto, o que números acima revelam vai além disso: o volume de precedentes judiciais formados em matéria tributária e o número de casos impactados nos tribunais inferiores demonstram a importância e a influência dos precedentes nessa esfera.

É que, conforme vem sendo levantado por parte da doutrina, "as demandas em matéria tributária, muitas vezes, versam sobre questões de direito e não tanto sobre fatos, e os fatos em geral são analisados com base em prova documental trazida pelas partes" (ABRAHAM, 2014, p. 158).

Sem embargo, obviamente, da fundamental importância de se individualizar os casos *sub judice* e da necessária vinculação ao caso concreto no momento de aplicação das chamadas *normas jurisprudenciais*, conforme já demonstrado nos tópicos anteriores, o fato é que, em se tratando de demandas judiciais multiplicadas em cujas discussões prevalecem questões de direito, e cujos fatos individualizados – *em regra* – não influenciam na justificação das decisões¹⁰², a forma de raciocínio por precedentes passa a ser sobremaneira relevante para garantir a segurança jurídica ao ordenamento.

¹⁰⁰ STF. Estatísticas, relatórios e resultados da Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp>> Acesso em: 05/10/2015.

¹⁰¹ ABRAHAM, Marcus. Common Law e os precedentes vinculantes na jurisprudência tributária. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. v. 34.1, jan-jun 2014. p. 145-167.

¹⁰² Diz-se “em regra” porque não podemos nos esquivar da obrigatoriedade de sempre vincular os precedentes judiciais às questões de fato de lhe deram origem, e também das questões de fato do caso concreto em que o precedente será aplicado, já que serão estes os elementos fundamentais para a aplicação ou afastamento de uma norma judicial, sobretudo quando, em matéria tributária, requer-se a observância de normas específicas tais como a capacidade contributiva subjetiva (relativa), a qual impõe a análise de características próprias e

Por outro lado, a doutrina tributarista contemporânea vem desenvolvendo diversas ressalvas importantes quanto ao uso de precedentes em demandas de matéria tributária que, certamente, não podem ser ignoradas.

Segundo ressaltam Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, uma decisão que invoca precedente judicial, seja para aplicá-lo, seja para deixar de aplicá-lo (*distinguishing*), deve justificar minuciosamente todas as particularidades do caso em exame, “notadamente se tais aspectos tiverem sido suscitados pelas partes”. (2015a, p.176).

Concordamos com esse posicionamento, o qual viemos destacando reiteradamente ao longo desse trabalho, e acreditamos que o nosso ordenamento jurídico caminha cada vez mais no sentido de exigir maior rigor e maiores critérios no uso de precedentes judiciais como fonte normativa, sobretudo com a futura entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, conforme vimos acima.

Nesse ponto, inclusive, é importante suscitar uma ressalva feita pelos tributaristas Hugo Segundo e Raquel Machado em relação às referidas alterações legislativas: conforme questionam os autores, “o direito dos precedentes, no Brasil, está se formando de maneira um tanto estranha, a começar pela sua origem, que é, paradoxalmente, a imposição legislativa”. (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015a, p.176).

Nós, no entanto, não enxergamos estranheza na introdução de normas que impõem respeito aos precedentes pela via legislativa e, até pelo contrário, entendemos ser essa a via mais legítima para tanto, pois demonstra um reconhecimento expresso daquele ordenamento em relação àquela fonte normativa, garantindo maior segurança jurídica.

Um outro ponto crítico suscitado pelos autores é o de que, conforme entendem,

defende-se que o direito ‘revela-se no caso concreto’, a partir de ideias nem sempre bem explicadas de um *neo* ou de um pós-positivismo, tudo para se dar ou se reconhecer maior parcela de poder ao aplicador (o juiz), mas, ao mesmo tempo, este aplicador se vale dos precedentes firmados por si ou por seus colegas seguindo a lógica da escola da exegese, ainda mais antiga do que o próprio ‘positivismo legalista’ que se diz estar sendo assim superado. (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015a, p. 176).

Entendemos legítimos e absolutamente válidos os referidos apontamentos, mas, em relação às premissas adotadas pelos ilustres autores, tomamos ponto de vista distinto. É que, de acordo com a Teoria dos Precedentes que adotamos neste trabalho, o rompimento com a

individuais do contribuinte que, segundo defende Amanda Duque Santos, podem até mesmo ser critério para justifiquem a aplicação da norma de exceção/*distinguishing*. (SANTOS, 2015).

visão positivista clássica se fundamenta justamente na necessidade de evitar eventuais arbitrariedades e discricionariedades no processo de justificação das decisões judiciais, e também na aplicação de precedentes.

Afinal, como trabalhamos de forma mais detida no capítulo anterior, o que confere respeito e vinculatividade a um precedente judicial, segundo a concepção positivista clássica, seria tão somente a autoridade do julgador que, dentro da “moldura” das normas de Kelsen, possui absoluta discricionariedade para decidir. No entanto, pela ótica da doutrina pós-positivista que adotamos nesse trabalho, o que confere legitimidade e força normativa a uma decisão judicial é justamente a força e a rigidez *dos seus fundamentos*, que devem ser submetidos a um prévio processo argumentativo racional e pretendam ser universalizáveis (BUSTAMANTE, 2012).

Isso significa que, pela visão pós-positivista, não é toda e qualquer decisão judicial que terá força vinculante em um ordenamento, mas tão somente aquela que tenha sido submetida a um processo argumentativo válido e racional, o qual pode, inclusive, vir a ser afastado ou superado pelo aplicador, o que confere, a nosso ver, maior coerência e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Uma outra temática de grande destaque acerca do uso de precedentes judiciais em matéria tributária, é aquela capitaneada pela Professora Misabel Derzi no que se refere aos efeitos de eventuais alterações da jurisprudência em litígios que tratem da relação jurídico-tributária. Segundo defende a autora, uma vez criada determinada *norma judicial* que, submetida a um processo argumentativo racional no momento de sua formação é aplicada reiteradamente em casos posteriores, é inegável que cria-se na sociedade uma confiança e boa-fé na prática da conduta prevista naquela norma. (DERZI, 2009).

Diante desse contexto, a tributarista questiona se, em situação em que houver modificação judicial daquele entendimento anterior – o que certamente se daria mediante *overruling*, conforme vimos acima –, os efeitos da referida mudança de entendimento poderiam retroagir aos atos praticados durante a prevalência do precedente superado. Assim, invocando o chamado “princípio da proteção da confiança”, Misabel conclui que os efeitos da superação de entendimento contrário ao contribuinte não poderão retroagir, conforme esclarece em resumo conclusivo acerca da referida tese, exaustivamente trabalhada pela tributarista:

criada uma norma judicial, por meio da aplicação reiterada das sentenças, que interpretam os sentidos possíveis de uma lei, a mutação jurisprudencial feita pelo próprio Tribunal, em desfavor dos contribuintes, deve proteger a confiança e a boa

fé de todos aqueles que pautaram a sua conduta com base naquela norma, atenuando-lhe os efeitos Mas alterada a jurisprudência dos Tribunais em prejuízo das Fazendas Públicas, são inaplicáveis ao Estado os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa fé. Nesse último caso, à luz da Constituição da República, a Corte Suprema, com base em outros fundamentos, pode conferir efeitos meramente prospectivos à norma inovadora, já que os Entes Estatais estão obrigados à política econômica consistente e ao planejamento das contas públicas, de forma integrada e sistematizada. (2009b, p. 729).¹⁰³

Destaca-se que a referida temática dos efeitos das alterações de jurisprudência em matéria tributária assumiu tamanha relevância em nosso ordenamento, que foi detidamente abordada por diversos outros juristas no Brasil, tais como Marciano Seabra de Godoi, Heleno Taveira Torres, Luis Eduardo de Schoueri, Luis Roberto Barroso, Tatiane de Piscitelli, entre outros.

Destacam-se, inclusive, estudos como os do Professor Marciano Seabra de Godoi, que não apenas aborda o tema das alterações de jurisprudência de forma geral, mas que também se dedica a estudar detidamente cada uma das referidas decisões judiciais em matéria tributária, analisando os fundamentos das referidas decisões, as consequências jurídicas, bem como os efeitos das chamadas "guinadas jurisprudenciais".

Destaca-se que não pretendemos, neste tópico, esmiuçar ou tampouco esgotar quaisquer das discussões ora citadas, mas apenas apresentá-las de forma geral e exemplificativa, a fim de demonstrar a relevância de se estudar uma Teoria dos Precedentes judiciais em matéria tributária, tendo em vista as diversas implicações doutrinárias que dela podem surgir.

Uma terceira questão suscitada em matéria tributária no contexto da doutrina do *stare decisis* que, apesar de aparecer de forma ainda incipiente em nosso meio, a nosso ver possui grande relevância jurídica, se refere à aplicação de precedentes judiciais como fontes normativas para a solução de casos concretos e a necessidade de observância da chamada capacidade econômica *subjetiva ou relativa* no processo de individualização do direito.

Definido como "um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária" (NOGUEIRA, 1999, p. 12), o princípio da Capacidade Contributiva é um instrumento de concretização do princípio da Igualdade que orienta a instituição e cobrança de

¹⁰³ Em relação à retroatividade de decisões, inclusive, destacamos que o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015, de certa forma acolheu os inúmeros apontamentos trazidos pela doutrina brasileira, ao introduzir a hipótese do chamado *prospective overruling*, de forma expressa, no seu art. 927 § 3º, segundo o qual, "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." (BRASIL, 2015).

tributos sempre em observância à capacidade que manifesta o contribuinte de recolher aos cofres públicos.

Ou seja, a depender da capacidade econômica que cada indivíduo dispuser, a mesma exação tributária pode vir a ser legítima em um caso concreto e inconstitucional por ferir a capacidade contributiva *relativa ou subjetiva* em outro caso, a depender única e exclusivamente de fatos concretos da vida de cada um desses indivíduos.

Em dissertação de mestrado recentemente defendida sob a orientação da Professora Misabel Derzi, Amanda Duque Santos defende a possibilidade de afastamento/aplicação restritiva de precedente judicial por meio da técnica do *distinguishing*, em razão da chamada capacidade contributiva relativa quando do julgamento do caso concreto, ou seja, "em razão da inviabilização do sustento e da erosão da propriedade privada enquanto realidades descobertas nas particularidades fáticas de determinado caso concreto." (SANTOS, 2015, p. 225).

Tais pontos aqui suscitados têm significativa relevância quando se fala em aplicação de precedentes judiciais, já que o padrão decisório paradigma pode ter sido construído em situação fática absolutamente distinta da que será impactada pela aplicação do precedente. E, nesses casos, diferentemente da regra geral, os fatos podem deixar de ser meros "*obiter dicta*" e vir a influenciar a parte vinculante das decisões judiciais.

Se é certo que "*o fato, em sua faticidade pura, não é apreensível pelo direito*" (DERZI, BUSTAMANTE, 2012a, p. 86), por outro lado se faz necessário que as características diferenciais de teor jurídico sejam consideradas na aplicação de um precedente judicial e, nesse contexto, se incluem as especificidades da relação contribuinte-fisco, em observância aos princípios norteadores do direito tributário, sobretudo o princípio **da capacidade contributiva**, como apontado acima.

Tem-se, ainda, discussões acerca da aplicação de precedentes judiciais e padrões decisórios em matéria tributária quando em confronto com o chamado princípio da Legalidade Estrita, por exemplo, previsto expressamente pelo artigo 150, I da Constituição Federal¹⁰⁴, é comumente suscitado por parte da doutrina tributarista brasileira como um limite para a atuação do Poder Judiciário e, via de consequência, para o reconhecimento dos precedentes judiciais como fontes normativas em matéria tributária.

¹⁰⁴ Art. 150 (...)

I - 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 (BRASIL, 1988).

Ao tratar daquilo que chama de "ativismo judicial" em matéria tributária, o professor Eduardo Maneira defende que

Apesar de haver uma grave distorção na visão de setores da administração tributária e do próprio Judiciário do papel das varas de execução fiscal, que para alguns, cumprem a função de agente arrecadador de tributos e não de órgão que julga a legitimidade ou ilegitimidade da exação que está sendo cobrada, seria inimaginável que o Judiciário pudesse instituir tributos por meio de seus julgados. Claro, pois, que o Judiciário não pode, por mais ativo que queira ser, exercer competência tributária. De sua vez, os princípios constitucionais tributários são normas que, na classificação de José Afonso da Silva, seriam de eficácia plena ou bastante em si, ou seja, são de aplicação direta dispensando regulamentação infraconstitucional, e, portanto, não abrem espaço para o ativismo judicial. Além do mais, *em um sistema em que o princípio da estrita legalidade ou da tipicidade cerrada deve imperar, não há margem para o julgador legislar.* (MANEIRA, 2015, p. 9, grifo nosso)

Nesse contexto, vê-se que o autor levanta críticas à atuação positiva do Poder Judiciário em matéria tributária pois, segundo defende Maneira, na medida em que vai além de simplesmente "julgar a legitimidade ou ilegitimidade da exação que está sendo cobrada", o Poder Judiciário muitas vezes age como se estivesse exercendo "competência tributária", de modo que uma decisão judicial passa a implicar na prática na própria "instituição de tributos". (MANEIRA, 2015, pp. 9-10).

Embora o autor não trate especificamente das questões acerca da aplicação dos "precedentes judiciais" em matéria tributária, a simples crítica à atuação judicial durante o processo decisório, ou seja, em uma eventual formação dos padrões decisórios, reflete diretamente na discussão acerca do raciocínio por precedentes.

No entanto, é importante destacar que, conforme anuncia a doutrina, "fundamentação e precedente são dois temas distintos que se articulam mediante terminologia própria, não obstante possam ser reconduzidos unitariamente no âmbito teórico da decisão judicial". (MITIDIERO, 2012, p. 75).

Conforme pontua o processualista Daniel Mitidiero, os diferentes discursos construídos a partir da decisão judicial (fundamentação e precedente) não se sobrepõem e nem se confundem, na medida em que

quando se trabalha na *perspectiva do caso*, fala-se em *causa de pedir*, em *atos essenciais* e *atos não essenciais*, *fundamentação*, *dispositivo*, *coisa julgada*. Nenhum desses termos tem maior importância para a perspectiva da *unidade do Direito*. Nessa, fala-se em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *questões relevantes*, *distinções*, *superações*, *transformações*, *reescritas*, *sinalização*. (MITIDIERO, 2012, p. 75, grifos no original).

Assim, não obstante as críticas e considerações em relação à atuação "ativista" do poder judiciário em matéria tributária, no mesmo sentido do que dispõe Eduardo Maneira sejam, sejam inquestionavelmente válidas e necessárias, referidas discussões não invalidam e não podem ser confundidas com o discurso em defesa da aplicação de precedentes judiciais, porquanto esse último atua na perspectiva de unidade e coerência do Direito.

4. A PROGRESSIVIDADE FISCAL E OS IMPOSTOS REAIS: PRECEDENTES E DECISÕES PARADIGMÁTICAS ACERCA DA MATÉRIA

4.1. Considerações introdutórias necessárias à abordagem do tema

Conforme vimos nos capítulos anteriores, o sistema jurídico brasileiro vem passando por uma série de reformas legislativas que demonstram uma trajetória de valorização dos precedentes judiciais, de forma que as decisões produzidas pelos tribunais pátrios têm adquirido poder normativo cada vez maior, sendo capazes de vincular casos subsequentes e, assim, consolidar entendimentos em nosso ordenamento.

E assim, a partir do momento em que as decisões judiciais assumem, ao lado da lei positivada, o papel de fonte normativa, é fundamental que nos preocupemos com o desenvolvimento de uma doutrina dos precedentes também no Brasil, para que possamos compreender e dominar as técnicas de interpretação e aplicação das referidas *normas jurisprudenciais*, de modo que não sejam aplicadas de forma mecânica e assistemática, sob pena de prejuízo à necessária individualização do direito nos casos concretos e ao alcance da tão buscada justiça formal¹⁰⁵.

Se tais critérios são cogentes em qualquer seara do direito, quando se trata de litígio em matéria tributária a questão assume especial relevância pois, como vimos no capítulo anterior, o volume das demandas tributárias lidera as estatísticas em nossos tribunais e, assim, os precedentes produzidos em matéria tributária têm o condão de impactar uma centena de outros casos semelhantes. Por outro lado, o regime jurídico tributário traz em seu conteúdo normas específicas que requerem a observância das particularidades dos casos concretos, motivo pelo qual o rigor técnico e o critério argumentativo no momento de formação e de aplicação das chamadas *normas jurisprudenciais* se fazem extremamente necessários.

Nesse contexto, buscamos levantar, dentre os diversos casos em matéria tributária julgados pelo Supremo Tribunal Federal, algum que tivesse uma notória influência dos precedentes judiciais na construção do entendimento jurídico, para que pudéssemos *testar se*, a despeito da significativa valorização dos precedentes judiciais em nosso sistema jurídico, os

¹⁰⁵ Segundo Bustamante, o princípio da *justiça formal* consiste na exigência de igualdade de tratamento frente ao direito, ou seja, na ideia de "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais". No contexto de uma teoria dos precedentes, a referida justiça formal se concretiza no princípio da universalizabilidade, que "exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*): uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em regra jurídica que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem* [MacCormick 2005: 148]". (BUSTAMANTE, 2012, p. 45, 112-113).

critérios e as técnicas necessárias para garantir a coerência e estabilidade no ordenamento, no contexto da doutrina do direito jurisprudencial, já foram integralmente apropriados pelos juristas práticos e pelo próprio poder judiciário.

Diante disso, optamos por investigar o emblemático caso da regra da progressividade tributária e sua relação com a capacidade econômica no âmbito dos impostos reais, uma vez que, além de representativo em nosso sistema constitucional tributário pelo seu próprio conteúdo de mérito, referido caso passou por diversas incursões e alterações jurisprudenciais ao longo dos anos e chega, até os dias atuais, a gerar a gerar dúvidas sobre qual é efetivamente a *norma adscrita* produzida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, e se referida norma pode ou não ser aplicada a todo e qualquer imposto de natureza real.

Conforme será detidamente analisado abaixo, a principal discussão acerca do tema foi desencadeada quando o princípio da capacidade contributiva foi introduzido¹⁰⁶ de forma expressa no Sistema Constitucional Tributário na Constituição de 1988, com o seguinte texto:

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, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

Ao interpretar a referida norma constitucional transcrita acima, a doutrina passou a questionar a real abrangência do princípio da capacidade econômica em nosso sistema: enquanto parte dos juristas pátrios entendia que o comando constitucional determinava a observância da capacidade contributiva a todo e qualquer imposto, sempre que isso fosse possível (BALEEIRO e DERZI, 2001; AMARO, 2004; CONTI, 1996), outra corrente doutrinária entendia que a ressalva "sempre que possível" se aplicaria somente à personalização dos impostos, de forma que a capacidade contributiva somente seria aplicável àqueles impostos que pudessem ser classificados como "pessoais". (MARTINS, 1992; TORRES, 2005).

Nesse contexto, considerando que a *progressividade* é entendida como um dos instrumentos de concretização da capacidade contributiva¹⁰⁷, muitos entes públicos passaram

¹⁰⁶ Até então, como anotam os tributaristas Aliomar Baleeiro e Misabel Derzi, a ideia de capacidade contributiva aparecia de forma apenas implícita pois, embora texto semelhante ao da Carta Constitucional de 1988 também tivesse vigorado na Constituição de 1946 (art. 202), a Constituição de 1969 não chegou a prever norma expressa nesse mesmo sentido (2001, p. 687-690).

¹⁰⁷ De acordo com a professora Misabel Derzi, em anotações feitas à obra de Aliomar Baleeiro, "a progressividade nos tributos é a melhor técnica de personalização dos impostos, como determina expressamente

a adequar suas normas infraconstitucionais ao referido artigo 145, § 1º da Constituição Federal, instituindo alíquotas progressivas aos impostos de sua competência, graduando-os em função da riqueza manifestada por aquele fato tributável.

Por outro lado, muitos contribuintes, aderindo à segunda corrente doutrinária que entende pela inaplicabilidade da capacidade contributiva aos impostos classificados como *reais*, recorreram ao judiciário para buscar seus interesses, questionando a constitucionalidade das normas infraconstitucionais que previram as referidas alíquotas progressivas, o que desencadeou na série de julgados que serão analisados a seguir.

Antes de adentrarmos à análise minuciosa dos referidos precedentes, cumpre-nos fazer alguns destaques: quanto à mencionada classificação dos impostos entre *reais* e *pessoais*, parte da doutrina clássica defende uma distinção entre os impostos a depender do aspecto material da hipótese de incidência, como preceitua Geraldo Ataliba:

São impostos reais aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência limita-se a descrever um fato, ou estado de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja, indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades. (...) São impostos pessoais, pelo contrário, aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos possíveis sujeitos passivos. Em outras palavras, essas qualidades jurídicas influem, para estabelecer diferenciações de tratamento legislativo, inclusive do aspecto material da hipótese de incidência." (ATALIBA, 1999, p. 125).

Embora grande parte da doutrina contemporânea já não se atenha à referida distinção, sob o entendimento de que "os impostos, quaisquer que sejam, são sempre pagos por pessoas" (CALMON, 2007, p. 84)¹⁰⁸, apresentar referida classificação, ainda que brevemente, é relevante para o presente trabalho, na medida em que toda a discussão desenvolvida nos julgados que serão analisados a seguir remontam a essa classificação dos impostos.

o art. 145, § 1º, da Constituição de 1988. É que, na medida em que o legislador considera as necessidades pessoais e familiares dos contribuintes, passa também a conceder reduções e isenções. Tais renúncias de receitas, ocorrentes em favor do princípio da igualdade, são compensadas por meio da elevação das alíquotas incidentes sobre os bens de maior valor (progressividade) a fim de que o montante da arrecadação se mantenha o mesmo no total." (DERZI *in* BALEEIRO, 2001, p. 750)

¹⁰⁸ Nesse sentido, Flávio Couto Bernardes e João Paulo Almeida Melo argumentam que "não há como sustentar cientificamente a citada classificação, haja vista que tal tese encontra-se completamente ultrapassada na doutrina brasileira e alienígena, em decorrência do equivocado raciocínio jurídico." Conforme defendem os autores, remontando à doutrina de Amílcar Falcão, a relação jurídico-tributária "é, invariavelmente, pessoal ou obrigacional. A indicação da coisa serve para indicar a capacidade econômica medida pelo fato gerador de determinado tributo. Assim, por exemplo, a transmissão de bens imóveis ou direitos a título oneroso inter vivos indica o aspecto material do ITBI. Em conjunto com os demais aspectos – espacial, temporal e pessoal –, poderá ocorrer o fato gerador do imposto." (BERNARDES; ALMEIDA MELO, 2009, p. 64).

Quanto às ricas e infundáveis acepções teóricas acerca do princípio da capacidade contributiva¹⁰⁹, princípio tão caro ao Sistema Tributário Nacional que demanda - e merece - uma exclusiva e exaustiva tese acadêmica, esclarecemos que não serão abordadas nesse trabalho, menos ainda com as lentes sob o mérito em si.

É que, considerando o enfoque definido para o presente estudo, pretendemos analisar o caso da progressividade e sua relação com a capacidade contributiva no âmbito dos impostos reais *sob a perspectiva do julgamento*: nos ateremos a investigar minuciosamente os posicionamentos apresentados *nos casos concretos estudados* e, sobretudo, nos entendimentos firmados pelos tribunais - sobretudo o Supremo Tribunal Federal - acerca de sua abrangência e interpretação.

Esclarecemos, ainda, que embora conheçamos as distinções conceituais defendidas por alguns autores acerca das expressões *capacidade econômica* e *capacidade contributiva*¹¹⁰, adotaremos neste trabalho ambos os termos com a mesma conotação, pois verificamos que assim também foi entendido pelos julgados estudados, que ora se remetem a uma ou outra expressão, mas sempre com o mesmo sentido - salvo raras exceções em que os Ministros eventualmente mencionam referida distinção conceitual, mas o fazem de forma expressa e com destaque.

À medida que, ao longo da análise dos julgados, for necessário abordar ou esclarecer algum outro conceito mais específico, o faremos paralelamente, de modo a permitir uma melhor análise da evolução da jurisprudência acerca do tema, sem perder de vista o propósito dessa investigação.

Por fim, esclarecemos que, para compreender a evolução dos referidos precedentes no contexto da Teoria dos Precedentes Judiciais que adotamos como referencial teórico, muito além de simplesmente analisar os argumentos *citados* pelos julgadores, é necessário analisar

¹⁰⁹ Para Marciano Seabra de Godoi, "o conceito de capacidade contributiva supõe a prevalência maior e anterior do princípio da igualdade. Jogados por terra os fatores discriminatórios que pautavam a distribuição do ônus tributário no Antigo Regime, o liberalismo encontrou na capacidade contributiva um critério que, ao repartir igualmente os sacrifícios gerados pelo pagamento de tributos, realizava satisfatoriamente a máxima de que todos são iguais perante a lei (entendida como endereçada também ao legislador, claro está)". (GODOI, 1999, p. 191).

¹¹⁰ Conforme esclarecem os professores Marciano Seabra de Godoi, Werther Botelho Spagnol e Luciano Ferraz, embora a Constituição de 1988 tenha utilizado a expressão *capacidade econômica* em seu texto, "a doutrina brasileira se utiliza muito da expressão capacidade contributiva por força da influência da doutrina da Itália". Assim, pontuam os tributaristas brasileiros, segundo as distinções apresentadas pela doutrina italiana, como, por exemplo, pelo autor Francesco Moschetti, "na capacidade econômica levar-se-ia em conta simplesmente o potencial econômico manifestado por alguém na prática de determinada conduta (ser proprietário de um bem, consumir produtos ou serviços, transferir patrimônio, herdar, auferir rendimentos, etc.), sem ulteriores qualificações. Já na capacidade contributiva, o fato bruto da capacidade econômica seria qualificado juridicamente por uma série de valores constitucionais: capacidade contributiva não seria, portanto, toda e qualquer manifestação de riqueza, 'mas somente aquela potência econômica que se deve julgar idônea para concorrer aos gastos públicos, à luz de fundamentais exigências econômicas e sociais acolhidas em nossa Constituição' (MOSCHETTI, 1980, p.278)". (2014, p. 264).

quais foram efetivamente os fatos materiais¹¹¹ que nortearam a decisão do tribunal, se foram realmente determinantes para a formação daquele entendimento, ou seja, daquele precedente.

4.2. Progressividade do IPTU antes da EC 29/2000 - RE 153.771/MG

Conforme brevemente relatado acima, após a introdução da capacidade econômica como um dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional pela Constituição Federal de 1988, o âmbito de aplicabilidade do referido princípio passou a ser muito questionado em nosso ordenamento.

É que, tendo em vista que o comando advindo do art. 145 §1º da Constituição Federal determinava que, sempre que possível os impostos deveriam ter caráter pessoal e ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, e considerando que, conforme também já relatado acima, a progressividade é uma forma de instrumentalizar o referido princípio da capacidade econômica, muitos entes públicos passaram a aplicar alíquotas progressivas em seus impostos, independentemente de caracterizarem-se como de caráter real ou pessoal.

Tal conduta passou a ser questionada, então, sob o argumento de que os impostos classificados como reais, ou seja, incidentes sobre a propriedade do próprio bem ou coisa – matéria tributável –, não seriam passíveis de submissão ao princípio da capacidade econômica.

O primeiro e principal precedente do STF construído acerca da referida matéria foi o Recurso Extraordinário nº 153.771-0/MG que, ao ser julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da aplicação da lei municipal questionada naquele caso concreto, fundamentou-se no argumento de que

[...] sob o império da atual Constituição não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base no art. 145 §1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o art. 156, §1º (específico). (RE 153.771-0/MG, 1996, p. 496).

¹¹¹ Tendo em vista não ter sido disponibilizado acesso ao inteiro teor dos processos em análise, os fatos concretos investigados foram aqueles narrados nos acórdãos em forma de relatório, acrescidos - quando necessário - de informações levantadas paralelamente acerca dos dispositivos legais envolvidos, do contexto jurídico/legislativo do momento do julgamento e formação dos precedentes, etc. Quanto às súmulas analisadas, também não foi disponibilizado acesso aos debates de criação pelo STF, motivo pelo qual nos ativemos às decisões proferidas nos processos elencados como paradigmas de fundamentação das referidas súmulas.

Assim, após a referida decisão, proferida pelo STF em 04/09/1996¹¹², passou-se a construir o entendimento de que *não é admitida a progressividade em impostos de caráter real*, de forma que essa *norma adscrita* extraída da decisão judicial passou a nortear muitos julgamentos posteriores sobre a mesma matéria, tanto em tribunais inferiores como dentro do próprio STF¹¹³.

Para melhor compreensão do referido precedente judicial – que assumiu valor normativo no ordenamento jurídico-tributário por muitos anos – e mais que isso, para compreender as razões pelas quais ele veio a ser superado posteriormente – e verificar se houve mesmo superação da *ratio* efetivamente vinculante naquele precedente – se faz necessário analisar o contexto no qual está inserido, os *atos materiais* que influenciaram a sua formação, entre outros elementos.

Destacamos que, sempre que citarmos o art. 156, §1º da Constituição Federal nesse tópico, estaremos nos referindo ao dispositivo vigente à época (1996)¹¹⁴, tendo em vista ter sofrido modificação posterior com a Emenda Constitucional nº 29/2000.

4.2.1. Fatos materiais

Em meados de 1989, aproximadamente um ano após a promulgação da Constituição de 1988, que elevou os municípios à qualidade de ente federativo dotado, ao menos em tese¹¹⁵, de autonomia política, administrativa e legislativa, o Município de Belo Horizonte

¹¹² Ou seja, aproximadamente 8 anos após a promulgação da CF/88, que introduziu referido princípio da capacidade econômica no ordenamento pátrio.

¹¹³ Como, por exemplo, na instituição das súmulas 646 e 668 do STF que serão analisadas a seguir, oportunidade em que o RE 153.771-0 foi invocado como precedente de fundamentação. Vê-se, portanto, manifestação dos dois sentidos do precedente judicial tratados por Thomas Bustamante e Marina Gáscon Albellán, quais sejam (i) o precedente "vertical", que vincula hierarquicamente os tribunais inferiores em relação à norma retirada da decisão judicial; (ii) bem como o que a autora denomina de "autoprecedente", que tem o condão de vincular o próprio juízo que preferiu decisão anterior, independente de qualquer relação hierárquica, conforme esclarecemos com maiores detalhes no Capítulo 2 acima.

¹¹⁴ Qual seja: "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade territorial urbana; (...) § 1º - 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." (*Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, texto revogado*).

¹¹⁵ Sem embargo da importante e atual discussão acerca do quadro de dependência financeira dos municípios brasileiros em face da forma de distribuição de competência tributária e da repartição de receitas estabelecida em nosso sistema tributário atual, fato que, conforme aponta a doutrina crítica, influencia sobremaneira na própria concepção de autonomia administrativa e política dos municípios que, sempre dependentes dos repasses financeiros, não têm condições de exercer referidas autonomias em sua plenitude. Para compreender melhor essa discussão, ver: DERZI, Misabel de Abreu Machado. Reforma Tributária e Federalismo. *In Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v.1, 1999, p. 123-155; BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. *In: Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, entre outros.

promulgou a Lei n. 5.641/1989, que "dispõe sobre os tributos cobrados pelo município de Belo Horizonte e contém outras providências" (*Lei n. 5.641*, 1989, p. 1).

Ao regulamentar a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, a referida Lei municipal previu, em seu art. 83¹¹⁶, a possibilidade de aplicação de alíquotas progressivas, previstas em tabela anexa, a qual segue abaixo transcrita:

Tabela 1 - Alíquotas progressivas do IPTU previstas pela Lei Municipal n. 5.641/89

I - IMÓVEIS EDIFICADOS:	II - LOTES NÃO EDIFICADOS SITUADOS EM LOGRADOURO COM TRÊS OU MAIS MELHORAMENTOS
1.1 - Ocupação exclusivamente residencial:	2.1 - Classificados nas zonas de uso comercial e industrial:
1.1.1 - Padrão Popular..... 0,5%	2.1.1 - Valor venal de até 173 UFPBH..... 3,0%
1.1.2 - Padrão Baixo..... 0,6%	2.1.2 - Valor venal acima de 173 até 1.868 UFPBH..... 3,3%
1.1.3 - Padrão Normal 0,7%	2.1.3 - Valor venal acima de 1.868 até 4.152 UFPBH..... 3,6%
1.1.4 - Padrão Alto..... 0,8%	2.1.4 - Valor venal acima de 4.152 até 6.228 UFPBH..... 3,9%
1.1.5 - Padrão Luxo..... 1,0%	2.1.5 - Valor venal acima de 6.228 UFPBH..... 4,2%
1.2 - Demais Ocupações:	2.2 - Classificados nas demais zonas de uso:
1.2.1 - Padrão Popular..... 1,0%	2.2.1 - Valor venal de até 173 UFPBH..... 2,5%
1.2.2 - Padrão Baixo..... 1,3%	2.2.2 - Valor venal acima de 173 até 1868 UFPBH..... 2,8%
1.2.3 - Padrão Normal..... 1,6%	2.2.3 - Valor venal acima de 1.868 até 4.152 UFPBH..... 3,1%
1.2.4 - Padrão Alto..... 1,9%	2.2.4 - Valor venal acima de 4.152 até 6.228 UFPBH..... 3,4%
1.2.5 - Padrão Luxo..... 2,2%	2.2.5 - Valor venal acima de 6.228 UFPBH..... 3,7%

Fonte: Elaborada pela autora a partir dos dados contidos na "Tabela III - Alíquotas do IPTU" da Lei n. 5.641/89

Conforme se nota, a progressividade das alíquotas do IPTU do município de Belo Horizonte, no caso específico da Lei n. 5.641/89, dependia de dois critérios principais: o valor venal, para aqueles imóveis urbanos não edificados; e o padrão dos imóveis, para aqueles imóveis que fossem edificados.

Diante dessa situação, o contribuinte José Tarcízio de Almeida Melo, proprietário de um imóvel urbano não edificado que se enquadrava no item 2.2.3 da tabela transcrita acima, impetrou Mandado de Segurança individual contra ato do Prefeito Municipal de Belo Horizonte, sob o argumento de que o referido dispositivo legal que previa a progressividade das alíquotas de IPTU era inconstitucional.

Ambas as decisões, proferidas em primeira e segunda instâncias, entenderam que a progressividade instituída pelo Município de Belo Horizonte estava em conformidade com a Constituição Federal, porquanto aplicavam regularmente o princípio da capacidade econômica previsto pelo art. 145, §1º, conforme se confirma por trechos destacados no inteiro

¹¹⁶ "Art. 83 - As alíquotas do IPTU são as constantes da Tabela III anexa a esta Lei". (*Lei n. 5.641*, 1989, p. 19-20).

teor do acórdão do Recurso Extraordinário n. 153.771/MG. (BRASIL, 598-499; 502-505). Ou seja, o principal fundamento da decisão recorrida, proferida pelo TJMG, é a permissão constitucional do art. 145, §1º, que autoriza que os impostos – independente da classificação entre reais ou pessoais – sejam graduados em razão da capacidade contributiva do indivíduo. Dito em outras palavras, a *ratio* da decisão recorrida é que é possível aplicar a progressividade fiscal também para os impostos reais, tendo em vista o princípio da capacidade econômica insculpida no art. 145, §1º da CF/88.

Tendo sido, então, vencido em primeira e em segunda instâncias, em decisões que entenderam pela constitucionalidade do dispositivo legal questionado, denegando a segurança pleiteada, o impetrante interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, corte máxima responsável por interpretar a Constituição Federal. Em seus argumentos, alegou (i) que "a Constituição da República, em seu art. 156, §1º, só admitiu um caso de progressividade para o IPTU, qual seja o de assegurar o cumprimento da função social da propriedade"; (ii) de que a capacidade contributiva já é aferida "levando em conta o valor proporcional do imposto, sendo desnecessária a alíquota progressiva"; (iii) de que o dispositivo questionado seria um "novo caso" para aplicação da alíquota progressiva não incluído entre as "diversas ressalvas e condições" previstas pela Constituição Federal e, portanto, seria vedada; (iv) por fim, considerando os referidos argumentos, alegou que o acórdão recorrido "ofende e vulnera o art. 156, §1º da Constituição da República", uma vez que o referido dispositivo "somente enseja alíquota progressiva para o IPTU no *único* caso da política urbana, ou seja, regulação do cumprimento da função social da propriedade, nos termos do art. 182". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 499-500).

Dentre os argumentos apresentados pela parte impetrante resumidos acima, destaca-se com maior recorrência e ênfase o de que não haveria autorização constitucional expressa para a aplicação de progressividade do IPTU em situação diversa daquelas previstas pelos arts. 156, §1º e 182 da CR/88, que remete à ideia de política urbana e função social da propriedade. Com uma abordagem bem mais genérica e pouco aprofundada, aparece o argumento de que a progressividade não seria necessária para aferir a capacidade contributiva; e, em momento algum dos argumentos apresentados pelo impetrante, afirma-se a impossibilidade de aplicação da capacidade contributiva para o IPTU no caso em tela por se tratar de imposto classificado como real.

Ao contrário, a parte recorrente parece até mesmo reconhecer ser possível a aplicação da capacidade econômica prevista pelo art. 145, §1º da Constituição Federal também ao IPTU, conforme se depreende do trecho destacado abaixo:

[...] seleciona-se a capacidade contributiva é levando em conta o valor proporcional do imposto, sendo desnecessária a alíquota progressiva; à medida que o imóvel é mais caro, já tem-se pela proporcionalidade a graduação da capacidade contributiva. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 500).

Conforme se vê, a parte impetrante não contesta a aplicação do princípio da capacidade contributiva, apenas argumenta que a proporcionalidade (não variação de alíquotas) por si só já seria instrumento hábil para aferir a capacidade contributiva, sendo desnecessário, portanto, buscá-la por meio da progressividade fiscal (graduação das alíquotas de acordo com a base calculada).

O município de Belo Horizonte, por sua vez, sustentou seus fundamentos no argumento de que a progressividade aplicada no caso em discussão – a progressividade *fiscal* – é plenamente amparada pelo art. 145, §1º da CR/88 – que prevê o comando normativo de que todos os impostos devem observar a capacidade econômica do contribuinte –, bem como pelo princípio da isonomia previsto pelo art. 150, II da CR/88. Argumentou, assim, que referida progressividade *fiscal* não se confunde com aquela prevista pelo art. 182 da Constituição Federal, qual seja a progressividade *extrafiscal*.

Em seguida, após ouvidas as partes, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer¹¹⁷, nos termos do qual opinou pelo provimento do Recurso Extraordinário, para reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, sob o fundamento de que não haveria "nexo entre a progressividade do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, instituído pela Lei do Município de Belo Horizonte n. 5.641 de 1989, e a sua utilidade para garantir o 'cumprimento da função social da propriedade'". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 501). Nota-se que, para fundamentar o referido parecer, a Procuradoria Geral da República também confrontou o dispositivo questionado pelo contribuinte com os arts. 156, §1º e 182 da CR/88 que tratam da progressividade *extrafiscal*, mas não se ateve à discussão acerca da aplicação vedação da progressividade *fiscal* aos impostos reais com base na capacidade econômica prevista pelo art. 145, §1º da CR/88.

Com o relato apresentado acima, buscamos destacar tanto os fatos da questão *sub judice*, quanto – sobretudo – os fundamentos trazidos pelas partes e interessados, os quais se

¹¹⁷ Conforme já exigia a Lei n. 1533/51, que regulamentava o Mandado de Segurança à época, um representante do Ministério Público deve ser ouvido antes do processo ir concluso ao julgador. É que, conforme demonstrado no tópico acima, embora a Procuradoria Geral da República entenda que a "progressividade no tempo" (ou "progressividade-sanção") prevista pelo art. 182 §4º, II da CR/88 seja diferente da progressividade ("sob qualquer forma progressiva") prevista pelo artigo 156, §1º da carta magna, o Procurador responsável entende que somente poderá haver progressividade para o cumprimento da função social da propriedade, o que entende não ocorrer no caso em tela.

prestariam a nutrir o(s) julgador(es) dos *atos materiais* (GOODHART *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 108-109) necessários na construção do processo argumentativo racional para, assim, proferir a decisão final, da qual se extrairia a *norma adscrita* capaz de vincular decisões posteriores, conforme Teoria dos Precedentes estudada no capítulo 2.

4.2.2. *Processo decisório*

Após destacados os fundamentos, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, o referido Recurso Extraordinário foi então submetido a julgamento pelo pleno da corte suprema, que, naquela oportunidade, era composta pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Galloti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Exceto pelo Ministro Marco Aurélio, ausente na sessão de julgamento, todos os demais membros da corte apresentaram votos com seus respectivos fundamentos, embora não todos na mesma sessão. Nota-se, no entanto, que – ao menos pelo que se pôde depreender dos votos escritos – nem todos os ministros submeteram a questão a um grande esforço argumentativo e em poucos votos os referidos *atos materiais* foram argumentativamente abordados pelos magistrados.

Nota-se, ainda, que os referidos *atos materiais* levados à apreciação dos julgadores foram invocados, em maior medida, para fundamentar as decisões, mas, em raros momentos dos votos, se vê a utilização dos argumentos contrários às teses sustentadas pelos litigantes com o objetivo de afastá-las mediante um processo de argumentação jurídica racional, conforme se espera em um sistema que valorize os precedentes judiciais.

Afinal, reitera-se o que vem sendo estudado nesse trabalho: tão importante quanto uma correta aplicação de precedentes judiciais é também o processo de *formação* dos referidos precedentes. Tendo consciência do papel que uma decisão judicial terá no sistema como um todo, vinculando os próximos autores ao romance em cadeia (DWORKIN, 2010) que vem sendo construído, é fundamental que os julgadores tenham um cuidado especial em, como já dissemos nesse trabalho, *considerar todos os elementos e circunstâncias do caso em análise e enfrentar todos os argumentos suscitados pelas partes*, tendo em vista a intrínseca pretensão de universalizabilidade de uma decisão que anseia formar um precedente judicial.

Para melhor compreensão do caso e apuração de seus elementos realmente vinculantes, no contexto da Teoria dos Precedentes estudada, destacaremos a seguir os votos proferidos na decisão.

4.2.2.1. Voto do Ministro Carlos Velloso

Conforme se verifica pelo acórdão, o Ministro iniciou o debate invocando o princípio da isonomia insculpido no art. 150, II, da Constituição Federal, sob o argumento de que referido princípio "implica, no campo tributário, que se busque alcançar a justiça tributária" (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 506) e, então, complementa o raciocínio defendendo que a referida justiça tributária se concretiza através do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, §1º, da CF/88, conforme autores tributaristas que cita para corroborar o argumento, tais como Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho e Elizabeth Carrazza.

Em seguida, o Ministro argumenta a respeito das controversas expressões "sempre que possível" e "caráter pessoal" expressas no referido art. 145, §1º e, arrolando também diversos excertos doutrinários, conclui defendendo que a interpretação mais acertada do referido dispositivo deverá ser a de que

[...] sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 511).

Isso significa que, pelo entendimento do Ministro Carlos Velloso, não somente os impostos pessoais, mas também os reais, poderão ser graduados de acordo com a capacidade contributiva.

Após fazer referidas considerações, o Ministro Carlos Velloso parte para a análise do dispositivo legal questionado, bem como (i) dos argumentos apresentados pelo Município de Belo Horizonte para defender a constitucionalidade da progressividade fiscal no caso em discussão, com base nos arts. 145, §1º e 150, II da CF/88; (ii) dos fundamentos de decidir do acórdão recorrido, que distinguiu a chamada "progressividade no tempo" prevista pelo art. 182, §4º, II da CF/88 da "progressividade fiscal" fundamentada no princípio da capacidade econômica (145, §1º), e assim decidiu pela constitucionalidade do dispositivo questionado; (iii) e, por fim, analisou também os argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República que opinou pela inconstitucionalidade do dispositivo em discussão, sob o argumento de que qualquer progressividade do IPTU somente poderá ser instituída "de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade", seja nos termos do art. 182 §4º,

II, da CR/88 ou nos termos do artigo 156, §1º da Constituição Federal. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 511-514).

Apresentados então, os referidos fundamentos, o Ministro Carlos Velloso passa a desenvolver as suas razões de discordância ao parecer da Procuradoria Geral da República reforçando que, embora discorde, conhece as teses doutrinárias que sustentam no mesmo sentido do entendimento da PGR.

Nesse momento então é que o Ministro Carlos Velloso passa a desenvolver o seu raciocínio, de forma a demonstrar *de forma argumentativa* a sua interpretação acerca dos dispositivos constitucionais invocados. Nesse contexto, o Ministro defende que haveria duas possibilidades de progressividade permitidas no ordenamento, que não se confundem: a "progressividade fiscal", que seria prevista pelos arts. 145 §1º c/c o art. 156, §1º; e a *progressividade-sanção*, inculpada no art. 182 §4º, II, da CR/88. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 515-518).

Isso significa que, conforme entende o magistrado, em ambas as modalidades realmente seria necessário o cumprimento da função social da propriedade. No entanto – e é aqui onde diverge do parecer da Procuradoria Geral da República – o Ministro entende que o cumprimento da função social da propriedade não se daria somente com as políticas de desenvolvimento urbano previstas pelo plano diretor do Município, como no caso da *progressividade-sanção*, mas também com o que chama de *políticas tributárias*¹¹⁸ estabelecidas pelo ente público competente.

Em outras palavras, o Ministro Carlos Velloso defende que não somente com as chamadas *políticas urbanas* se cumprirá a função social da propriedade mencionada no art. 156 da CF/88, mas que, quando um tributo observa as exigências de respeito à capacidade contributiva e à isonomia previstas no ordenamento para concretizar a *política fiscal* daquele ente tributante, então aquela progressividade já estará observando a função social da

¹¹⁸ Embora não o faça de forma explícita ao longo do voto, o Ministro Carlos Velloso deixa bem claro esse posicionamento ao longo do debate com os Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek, conforme se vê: "O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Isto [*função social da propriedade*] é intervenção econômica. É matéria exclusiva de lei federal. O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - De forma alguma. O Município tem competência pra 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, nesse caso, tem características fiscais, diz respeito ao aspecto tributário; a outra, situa-se no campo da política urbana, art. 182 (...). 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 diferentes (*sic*) 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." (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 546-547).

propriedade, dentro de um contexto de política redistributiva estabelecida pela Administração Tributária.

Para tanto, o Ministro invoca a doutrina de diversos outros autores tais como Alcides Jorge Costa, Roque Carrazza, Sacha Calmon, José Afonso da Silva, Misabel Derzi, Geraldo Ataliba, entre outros, e conclui que a progressividade instituída pelo Município de Belo Horizonte não somente é constitucional nos termos do art. 145 §1º c/c o art. 156, §1º, da CR/88, como ainda "empresta a esse imposto [IPTU] o caráter de pessoalidade, dado que a progressividade (...) constitui um dos meios mais eficazes de personalização do imposto". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 523).

Diante disso, o Ministro Carlos Velloso vota pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário interposto.

Sem avaliar o mérito do entendimento esposado pelo magistrado – pois, embora tenhamos um posicionamento acerca da discussão, fazer juízo do mérito fugiria ao escopo do trabalho proposto –, verifica-se que o Ministro Carlos Velloso de fato submeteu todos – ou ao menos os principais – argumentos apresentados pelas partes – e, inclusive, pelo Ministério Público Federal – a um processo racional, de modo a refutar de forma argumentativa aqueles dos quais discorda e justificar, também argumentativamente, os fundamentos os quais acolhe.

Destaca-se que, conforme se depreende do voto estudado, o magistrado adentrou a distinção entre impostos reais e pessoais apenas de forma tangencial, quando, de início, defendeu que a capacidade econômica deve ser aplicada a qualquer imposto independentemente dessa distinção. Mas não chegou a argumentar com profundidade a discussão por esse viés.

Desse modo, se o voto do Ministro Carlos Velloso pudesse ser considerado isoladamente – hipótese que admitimos apenas para essa finalidade acadêmica –, poderíamos extrair dele diversa(s) *ratio(ne) decidendi*, cujo peso dependeria do caso a ser aplicado, conforme a teoria do precedente judicial trabalhada no capítulo 2, tais como: (1) a progressividade fiscal fundada no princípio da capacidade econômica insculpido no art. 145, §1º da CR/88 observa o cumprimento da função social da propriedade (art. 156, §1º CR/88); (2) a função social da propriedade pode ser relacionada à política urbana ou à política fiscal, (3) a capacidade econômica se aplica a quaisquer impostos.

4.2.2.2. Voto do Ministro Moreira Alves

Após o relatório e voto apresentados pelo Ministro Carlos Velloso, o Ministro Moreira Alves pediu vista dos autos e, ao devolvê-los, apresentou discordância ao voto do relator.

Para iniciar seus argumentos, o Ministro Moreira Alves transcreve parte do voto do relator, especialmente o trecho em que Carlos Velloso defende que a função social inscrita no art. 156, §1º, da Constituição Federal "não é a mesma função social do §2º do art. 182 da Constituição" (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 528), argumento que diz discordar.

No entanto, o magistrado não combate frontalmente a concepção de *função social* defendida pelo Ministro Carlos Velloso, mas direciona sua argumentação à classificação dos impostos entre reais e pessoais e à possibilidade de se aplicar o princípio da capacidade contributiva a ambos. Citando o art. 145, §1º, da CF/88, defende que a expressão *sempre que possível* não se aplica somente ao caráter pessoal do imposto, mas também à graduação da capacidade econômica, o que significaria que eventualmente – quando se trate de impostos reais, por exemplo – não seria possível aplicar a capacidade econômica, mas que, sempre que um imposto tiver "caráter pessoal, caso em que serão graduados – e um dos critérios de graduação poderá ser a progressividade – segundo a capacidade econômica do contribuinte". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 529).

Ou seja, a capacidade contributiva, para o Ministro Moreira Alves, está necessariamente atrelada à condição de um imposto ter ou não caráter pessoal.

O magistrado justifica seu raciocínio citando a parte final do dispositivo constitucional (art. 145, §1º) – qual seja, "facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a *esses* objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte" (BRASIL, 1988) – e argumenta que o trecho "a *esses* objetivos" leva à conclusão necessária de que os objetivos pretendidos pela CF são que "os impostos, se possível, tenham caráter pessoal e 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". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 529-530).

Para corroborar seus argumentos, o Ministro Moreira Alves cita uma série de doutrinadores italianos, tais como Gianini, Victor Uckmar, Vincenzo Carullo, Zingali, Berliri, entre outros, segundo os quais a progressividade de alíquotas é inadequada para os impostos reais, uma vez que esses impostos não se relacionam à capacidade contributiva.

Como argumentos complementares, o Ministro Moreira Alves cita exemplos hipotéticos que demonstram que os impostos reais agravam igualmente pessoas que possuam

o mesmo bem, ainda que detenham capacidades econômicas distintas, demonstrando se tratar de uma característica intrínseca desses impostos, como que se conformando com essa possibilidade. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 531-533).

Diante disso, conclui que, por ser o IPTU "inequivocamente um imposto real, porquanto tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município, sem levar em conta a pessoa do proprietário" (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 534), não estaria submetido ao princípio da capacidade contributiva.

Para reforçar seus argumentos, o magistrado cita, na doutrina nacional, autores como Aliomar Baleeiro¹¹⁹, Marco Aurélio Greco, Bernardo Ribeiro de Moraes, Ives Gandra Martins, entre outros, segundo os quais, "a única progressividade admitida pelo IPTU é a extrafiscal destinada ao cumprimento da função social da propriedade", e complementa que não a função social da propriedade não pode, portanto, "servir de esteio para justificar a progressividade fiscal". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 536-537).

Em relação a esses argumentos apresentados pelo Ministro Moreira Alves, o Professor Marciano Seabra de Godoi, que analisou minuciosamente o referido julgamento (RE 153.771) em oportunidade anterior, afirma que, embora tenha sido proferido com grande clareza e didatismo, o voto pecou por não considerar que, "mesmo no tradicional sistema do IPTU proporcional, de alíquotas fixas aplicadas sobre o valor venal do imóvel, a capacidade econômica do contribuinte revelada pela propriedade do imóvel é naturalmente levada em conta pela legislação". (GODOI, 2011, pp. 101-102).¹²⁰

Assim, nesse contexto argumentativo o tributarista brasileiro esclarece e ressalva que

¹¹⁹ Intervimos aqui para "fazer justiça" à importante doutrina deixada pelo Prof. Aliomar Baleeiro no direito tributário brasileiro. É que, ao adotar os ensinamentos do autor para corroborar seus argumentos, o Ministro Moreira Alves citou trecho da obra "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar" publicado em 1977, segundo a qual "em regra geral, só os impostos pessoais se ajustam adequadamente à aplicação de critérios progressivos medidos pela capacidade contributiva". (BALEEIRO *apud* RE 153.771/MG, 1996, p. 535). Ocorre que, conforme sabido, o texto constitucional que prevê que "sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte" (art. 145, § 1º) foi introduzido em nosso ordenamento em 1988, não havendo norma correspondente na Constituição anterior, de 1967. Isso significa que, no momento em que o trecho doutrinário citado foi escrito, não havia a norma constitucional objeto da discussão, motivo pelo qual não é possível inferir se a interpretação do autor seria a mesma do Ministro Moreira Alves após a promulgação da Constituição de 1988. Aliás, se observarmos o excerto doutrinário trazido pelo próprio ministro em seu voto, seria possível até defender – embora não seja possível confirmar – que o autor Aliomar Baleeiro já dava indícios de admitir uma observância à capacidade contributiva também nos impostos reais, conforme se vê: "se bem que esta [*a capacidade contributiva*] se possa presumir da natureza, valor ou aplicação específica de determinada coisa, no sentido de que a possui, compra ou prefere o indivíduo de maiores recursos econômicos". (BALEEIRO *apud* RE 153.771/MG, 1996, p. 535).

se a lei não levasse em conta a capacidade econômica para estabelecer o IPTU, teríamos, por exemplo, a técnica da capitação, pela qual todos os proprietários pagariam a título de imposto um mesmo valor de moeda corrente. Vale dizer, o próprio fato de o IPTU ter por base de cálculo o valor venal do imóvel (sobre o qual se aplica uma alíquota), é uma evidência de que a obrigação tributária foi estipulada levando-se em conta a capacidade econômica. (GODOI, 2011, p.102).

Ou seja, conforme entende Godoi, embora a capacidade econômica tenha como "campo ideal de aplicação" um imposto que incida sobre rendimentos globais de um indivíduo, não é possível inferir dessa premissa que em impostos incidentes sobre o patrimônio, como IPTU, também não seja levada em conta a capacidade contributiva, já que a própria proporcionalidade cumpriria esse papel (GODOI, 2011, p. 101-103), embora de forma menos sofisticada e eficaz¹²¹.

De todo modo, o fato é que, após fazer as referidas considerações citadas acima, o Ministro Moreira Alves passa a desenvolver uma segunda linha argumentativa que nos parece ter sido a que mais influenciou sua decisão. Nessa segunda linha, o Ministro buscou verificar "se a progressividade a que alude o art. 156, §1º da Constituição de 1988 e que é extrafiscal é, ou não, a mesma progressividade também extrafiscal disciplinada no art. 182 §§ 2º e 4º da mesma Carta Magna". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 537).

Nota-se que o Ministro Moreira Alves não questiona se a progressividade prevista no art. 156, §1º é ou não extrafiscal, porquanto afirma com convicção que sim, mas apenas indaga se teria que ser necessariamente aquela extrafiscalidade relativa à *política urbana* prevista pelo art. 182 da CF/88, ou se poderia ser outra *modalidade* de extrafiscalidade – ou, mais especificamente, outra hipótese de função social da propriedade –, tal como defendido pelo relator Carlos Velloso.

¹²¹ Quanto às distinções entre *proporcionalidade* e *progressividade*, e suas relações com o princípio da capacidade econômica, o autor Marciano Seabra de Godoi trabalhou a temática de forma profunda e exaustiva em sua obra "Justiça, Igualdade e Direito Tributário" (1999). Naquela obra, o autor busca conceitos na ciência das finanças e no campo político-ideológico, e defende que "o cânone da capacidade contributiva fundamenta-se na *teoria do sacrifício*, segundo a qual os encargos tributários devem ser repartidos de modo a que todos arquem com o mesmo sacrifício, um sacrifício igual", critério que distingue a progressividade da proporcionalidade, uma vez que essa última prevê uma igualdade na "perda de utilidades", mas não se preocupa com a igualdade do sacrifício decorrente dessa perda de utilidades, que certamente é diferente entre indivíduos com maior ou menor manifestação de riqueza. (GODOI, 1999, p. 215-217). Assim, Marciano Seabra de Godoi conclui que "o essencial para o princípio da capacidade contributiva não é a desigualdade das quantias, mas a igualdade do sacrifício, daí a sustentação da técnica da progressividade (...). Se o essencial para a capacidade contributiva fosse que sujeitos com capacidade diversa pagassem quantias diversas (e assim a regra seria tratar desigualmente os desiguais), então a proporcionalidade já atenderia a capacidade contributiva, e não haveria sentido a proposta da progressividade, pelo menos em termos de aprimoramento da própria capacidade contributiva, como defenderam seus adeptos". (GODOI, 1999, p. 216).

Nesse contexto, Moreira Alves confronta os dois dispositivos constitucionais (art. 156, §1º e art. 182 §§2º e 4º), e defende que a função social da propriedade prevista pelo art. 156, §1º, da CF/88 necessariamente "diz respeito ao exercício do direito de propriedade, atuando como limitação ao conceito individualista desse direito" cujos limites, se a Constituição Federal não estabelecer,

[...] caberá exclusivamente à lei federal fazê-lo, uma vez que se trata de precisar um conceito constitucional que obviamente não pode variar de município para município, como poderia ocorrer se a cada um dos nossos 5.500 municípios fosse permitido, em suas leis, estabelecê-lo diferentemente, conforme maior ou menor imaginação criadora de cada um deles. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 538-539).

Nota-se que esse fundamento apresentado pelo Ministro Moreira Alves, especificamente, não apresenta em sua racionalidade argumentos de contornos jurídico-dogmáticos, mas, ao nosso ver, trata-se de argumento de natureza pragmática, que se funda em critérios mais consequencialistas¹²² (MACCORMICK, 2008) que necessariamente de fidelidade à Constituição, já que, quanto a esse ponto, especificamente, não há previsão e/ou vedação constitucional expressa.

Ainda no propósito de comparar a(s) progressividade(s) prevista(s) pelos arts. 156, §1º e 182, §§2º e 4º, da CF, o Ministro Moreira Alves sustenta se tratar da mesma modalidade com o mesmo teor e, para enfrentar o questionamento feito pelo Ministro Carlos Velloso acerca do porquê de a Constituição Federal ter instituído os dois dispositivos em dois locais distintos, caso tivessem o mesmo sentido, Moreira Alves argumenta que a previsão do art. 182, §§2º e 4º, da CF seria apenas uma delimitação mais específica – *inclusive com limitação temporal* – da concepção de função social da propriedade, para fins de aplicação da progressividade extrafiscal prevista no art. 156, § 1º, da Carta Magna. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 2006, p. 540). E, assim, completa que

¹²² Em sua obra intitulada "Retórica e o Estado de Direito", o jurista escocês Neil MacCormick discute a "tensão" formada entre, de um lado, os ideais de certeza e segurança jurídica, e do outro lado o caráter argumentativo do direito e a necessidade de submeter os discursos de aplicação de normas jurídicas a um processo de interpretação e argumentação jurídica. Nesse contexto, o autor suscita uma discussão acerca da possibilidade de, nesse processo argumentativo, as decisões judiciais serem justificadas ou tornadas corretas a partir de suas consequências, e informa que "ao considerar as consequências de uma decisão por meio dessas implicações em relação a casos hipotéticos, descobrimos se uma decisão nos obriga a tratar universalmente como corretas certas ações que subvertem ou deixam de respeitar em nível adequado os valores em jogo, ou de tratar como erradas formas de conduta que não incluem qualquer subversão desse tipo". Ao final, conclui que é possível que a decisão jurídica "promova ou dê apoio a um certo valor, e isso pode ser expresso em algum tipo de argumento de objetivo" (consequencialista), mas ressalta que, como espera-se que a argumentação jurídica "caminhe nos limites da universalizabilidade", devem ser trazidos ao centro do argumento as chamadas "razões de correção", de modo que as decisões jurídicas sejam sempre "de princípio" (e não "de política"). (MACCORMICK, 2008, p. 139-160).

[...] essa exegese não é infirmada pela circunstância de a Constituição, no § 4º do artigo 182, haver limitado a finalidade extrafiscal do IPTU ao solo urbano não edificado, seja ele subutilizado, seja ele não utilizado, porque foi essa a opção adotada pelo constituinte, como o foi também a de estabelecer a progressividade extrafiscal, em se tratando de IPTU, como progressividade temporal. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 541).

Por fim, então, o Ministro Moreira Alves conclui que qualquer progressividade que não atenda aos requisitos dos arts. 156, §1º e 182, §§2º e 4º, da CF, cumulados, seria manifestamente inconstitucional, motivo pelo qual julga pelo provimento do recurso para declarar a inconstitucionalidade do subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641/89, do Município de Belo Horizonte.

Nota-se que, diferentemente do relator Carlos Velloso, o Ministro Moreira Alves adentrou de forma mais explícita a distinção dos impostos reais e pessoais, utilizando como principal fundamento – ou, diríamos aqui, como principal *fato material* – para seu entendimento a tese de que os impostos reais têm como característica própria – e, ao seu ver, inquestionável – de não se relacionar às características pessoais dos contribuintes, motivo pelo qual não lhes poderia ser aplicado o princípio da capacidade econômica.

Por outro lado, no entanto, o Ministro Moreira Alves não enfrenta frontalmente os argumentos esposados pela parte recorrida – e pelo relator – acerca do princípio da igualdade tributária e da necessidade de se buscar ao máximo trazer aos impostos um caráter de pessoalidade e observância à capacidade econômica. Conforme demonstrado acima, Moreira Alves entende que "sempre que possível os impostos deverão ter caráter pessoal", mas que somente nesse caso – de terem caráter pessoal – é que deverão observar a capacidade contributiva. Ao que nos parece, portanto, Moreira Alves entende que a característica de *impessoalidade* seria intrínseca aos impostos reais e, portanto, não poderiam ser corrigidas por qualquer instrumento – nem mesmo a progressividade.

Ou seja, quanto ao esforço argumentativo desenvolvido pelos dois votos condutores trabalhados até agora e pelas *ratione decidendi* deles extraídas, nota-se que, enquanto o Ministro Moreira Alves empenha-se em demonstrar que o IPTU é um imposto real e, por isso, não poderia ter progressividade de outra forma que não a extrafiscal prevista pelo art. 182 da CF, o Ministro Carlos Velloso, embora não negue essa classificação do IPTU como um imposto real, entende que essa classificação não interfere na polêmica, pois que todos os impostos – reais ou pessoais – devem buscar a capacidade contributiva, motivo pelo qual se concentra em trabalhar seus argumentos racionais acerca da concepção de *função social da*

propriedade de forma que a progressividade nesse caso não seja obstada pelos arts. 156, §1º, e 182, §§2º e 4º, da CF.

4.2.2.3. Voto do Ministro Francisco Rezek

Conforme se verifica pelo acórdão, o Ministro Francisco Rezek concentra seus argumentos acerca da possibilidade de haver *duas progressividades possíveis* facultadas ao Município pela Constituição, uma pelo art. 156, §1º, e a outra pelo art. 182, §§2º e 4º, da CF.

Embora o referido Ministro também não tenha chegado a desenvolver uma argumentação acerca das demais questões discutidas no caso, o voto assume relevância para o presente trabalho, na medida em que transcreve um pequeno debate travado entre os Ministros Francisco Rezek, Moreira Alves e Carlos Velloso, acerca dos argumentos apresentados pelo relator anteriormente.

A análise desse pequeno debate demonstra claramente que os julgadores partem de formas argumentativas absolutamente distintas para buscar os *atos materiais* necessários à construção da decisão: enquanto o Ministro Francisco Rezek questiona a coerência de a Constituição prever dois dispositivos *vizinhos* tratando da mesma matéria de formas distintas, o Ministro Carlos Velloso questiona o porquê de a Constituição trazer dois dispositivos diferentes, em lugares diferentes, se fosse para tratar da mesma matéria.

Enquanto a primeira forma de raciocinar leva à conclusão de que os dois dispositivos (art. 156, §1º, e art. 182, §§2º e 4º, da CF) seriam correlatos e tratariam do mesmo significado sobre *função social da propriedade*, a segunda forma de raciocinar já desencadeia na conclusão oposta, de que existem duas previsões normativas justamente porque as concepções acerca de *função social da propriedade* não se confundem, embora não sejam antagônicas.

Isso demonstra o quanto o *ponto de partida* – a pergunta inicial – no processo argumentativo racional influencia a decisão final.

De todo modo, o fato é que em momento algum o Ministro Francisco Rezek discutiu os argumentos trazidos pelas partes ao feito, sobretudo acerca da aplicabilidade da capacidade contributiva aos impostos reais, e também fundamentou sua decisão em um argumento essencialmente pragmático/consequencialista, de que

[...] não consigo ver a expressão "função social da propriedade" consignada em dispositivos quase que vizinhos na Constituição, como significando coisas diferente 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 [...]. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 547-548).

4.2.2.4. Voto do Ministro Celso de Mello

O voto do Ministro Celso de Mello ganha destaque no contexto deste trabalho não especificamente por seus fundamentos de mérito, mas porque, de início, o magistrado informa que já havia se posicionado sobre a mesma matéria anteriormente, na Reclamação n. 383/SP – oportunidade em que teria votado de forma favorável à progressividade *fiscal* do IPTU – mas que, após ter feito novas reflexões sobre essa matéria, teria revisto o posicionamento anterior, pois, passou a entender como "*unicamente* possível em nosso sistema constitucional, em tema de IPTU, a progressividade de caráter *extrafiscal*, suscetível de instituição pelo Município, desde que observados, *conjuntamente*, os parâmetros fixados pelo art. 156 §1º e pelo art. 182 §§2º e 4º, ambos da Constituição da República". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 553).

Assim, considerando a doutrina de respeito aos precedentes a que nos filiamos, estaríamos diante de uma situação de *autoprecedente*, de forma que o julgador deveria vincular-se, em alguma medida, aos critérios de julgamento que adotou em casos anteriores. (GASCÓN ABELLÁN *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 267-268). Por esse motivo, a referida declaração do Ministro Celso de Mello sinalizou-nos para buscar um confronto da argumentação desenvolvida pelo magistrado em ambas as ações, de modo a identificar quais teriam sido os fundamentos de superação do entendimento anterior, embora a mencionada Reclamação n. 383-3/SP não seja objeto direto de nossos estudos¹²³.

Não obstante, verificou-se que todo o trabalho argumentativo desenvolvido pelo Ministro Celso de Mello nos autos da Reclamação n. 383-3/SP foi direcionado à discussão central acerca dos limites de competência dos tribunais estaduais no controle abstrato de constitucionalidade e não às questões de mérito acerca da progressividade *fiscal* do IPTU. (*Reclamação n. 383-3/SP*, 1992, p. 72-92). Em relação a essa discussão, o Ministro Celso de Mello restringiu-se a acompanhar o voto anterior do Ministro Carlos Velloso que, por sua vez, também não chegou a formar juízo acerca da progressividade fundamentada na capacidade contributiva, limitando-se a dizer que "é conhecida a discussão que tem ocorrido entre os

¹²³ É que, embora a matéria de fundo discutida naqueles autos seja também a progressividade *fiscal* de IPTU fundamentada na capacidade contributiva, as principais discussões travadas no STF em sede de reclamação Constitucional foram de ordem formal, que envolviam conflitos de competência e os supostos limites dos Tribunais Estaduais ao julgar, em controle concentrado de constitucionalidade, leis e atos normativos estaduais e municipais em face de normas "espelho" da Constituição Federal. Por essa razão, referida Reclamação n. 383/SP não se figura como precedente judicial de relevância para o nosso estudo principal.

tributaristas a respeito do tema: (...) não é hora, evidentemente, de tomarmos partido na discussão. No momento adequado, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, dirá a última palavra". (*Reclamação n. 383-3/SP*, 1992, p. 23).

Diante disso, não foi possível identificar as razões de o Ministro Celso de Mello ter mencionado referida mudança de entendimento, mas talvez porque já tivesse um posicionamento formado acerca da matéria anteriormente, ainda que não a tenha expressado formalmente.

De todo modo, retornando aos autos do RE 153.771/MG em análise, o Ministro Celso de Mello argumenta que, segundo seu entendimento, "o caráter progressivo das alíquotas tributárias do IPTU tem por específica finalidade conformar a propriedade urbana à função social que lhe é inerente" (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 554) e que a concepção de função social estaria diretamente atrelada àquela prevista pelo art. 182, §§2º e 4º, da Constituição Federal, motivo pelo qual, apoiando-se na doutrina de Ives Gandra Martins e Aires Fernandino Barreto, entende que apenas é possível instituição de alíquotas progressivas de IPTU se fundamentadas nos limites previstos pelos art. 156, §1º, cumulativamente com o art. 182, §§2º e 4º, da Constituição Federal.

Em razão disso, o Ministro Celso de Mello ainda vai além da demanda em concreto e complementa que,

a ausência de lei federal a que se refere o art. 182, §4º da Constituição - *lei federal que ainda não foi editada* - atua, em tema de progressividade do IPTU, como fator inibitório da instituição, *por qualquer Município*, do imposto predial e territorial urbano, com alíquotas progressivas. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 562, destaques no original).

Isso significa que, de acordo com o entendimento do Ministro Celso de Mello, mesmo nos casos em que a progressividade do IPTU estivesse fundamentada na política urbana prevista em plano diretor de município, nos exatos termos do art. 182, §2º, da CR, ainda assim seria inconstitucional, uma vez que ainda não havia sido editada a *lei federal* de que dispõe o §4º do art. 182 da Constituição, fato que impediria a instituição de alíquotas progressivas por qualquer município.

Quanto às discussões centrais acerca da progressividade *fiscal* fundamentada no princípio da capacidade econômica prevista pelo art. 145, §1º, da Constituição Federal, nota-se que o Ministro Celso de Mello, assim como a grande maioria da corte, não se dedicou a discutir e argumentar racionalmente. Tal falta nos leva à conclusão de que a *ratio decidendi* do voto do Ministro Celso de Mello está restrita à autorização expressa da Constituição

Federal para instituição de progressividade de IPTU nas hipóteses de política urbana, não compondo os *factos materiais* dessa decisão o fato de se tratar de um imposto de natureza real ou pessoal, de haver previsão de capacidade contributiva ou não, etc..

Por fim, apenas a título de complementação, poderíamos extrair ainda do voto do Ministro Celso de Mello uma série de fundamentos que, a nosso ver, seriam exemplos de *obiter dicta*, porquanto configuram "argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia" (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 124), tal como a parte final do seu voto em que expressa, de forma bastante retórica:

Tenho salientado, em diversas decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal, que os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

A prática das competências impositivas por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar não pode caracterizar-se como instrumento que, arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal não se revela compatível com pretensões fiscais contestáveis do Poder Público que, divorciando-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, busca impor ao contribuinte um estado de submissão tributária inconvincente com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a ação das instâncias governamentais. (...).

Assim sendo, com essas considerações, e acompanhando o voto do eminente Min. Moreira Alves, peço vênha para conhecer e dar provimento ao presente recurso extraordinário. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, pp. 562-564).

A transcrição deste excerto presta-se apenas para demonstrar que, ainda que se possa eventualmente extrair diversas *ratione decidendi* de uma mesma norma jurisprudencial, as quais terão maior ou menor vinculatividade a depender do caso a ser aplicado, conforme ensinamentos de Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, 2012, p. 277), não se pode confundilas com meros *obiter dicta*, vez que esses últimos, de cunho meramente persuasivos, não possuem "qualquer autoridade pra determinar futuros julgamentos". (CRUZ E TUCCI, 2012, 124).

4.2.2.5. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, embora sucinto, assume especial relevância na formação do presente precedente judicial, porque confronta frontalmente o argumento utilizado pelo município Recorrido para justificar a aplicação da progressividade *fiscal* no

caso em tela, qual seja o princípio da capacidade contributiva previsto pelo art. 145, §1º, da CF/88.

Ao iniciar o voto, o Ministro manifesta uma inclinação pessoal a admitir a progressividade da alíquota do IPTU, e informa que o valor do imóvel já poderia ser considerado uma presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva do proprietário, atribuindo, portanto, um caráter de pessoalidade ao imposto.

Apesar disso, o Ministro Sepúlveda Pertence ressalva que, mesmo advogando essa tese, entende que a Constituição Federal não teria permitido a progressividade do IPTU.

De início, já informa que, em relação à chamada progressividade *extrafiscal* prevista no art. 156, §1º, entende que estará sempre atrelada ao conceito de função social da propriedade previsto pelo conjunto normativo do art. 182 da Constituição. Sendo assim, o Ministro já descarta a possibilidade de haver outra concepção de *função social da propriedade* que autorize a progressividade *extrafiscal* que não aquela que se refere à política urbana, ao contrário do que defende o Ministro Carlos Velloso.

Já em relação à progressividade *fiscal* do IPTU, que seria fundamentada no princípio da capacidade contributiva insculpido no art. 145, §1º, da CF, o Ministro Sepúlveda Pertence entende que poderia ser permitida se não fosse a parte final do dispositivo, pois, nesse caso, prevaleceriam os princípios de justiça social e de autonomia municipal.

Não obstante, o magistrado entende que, a partir do momento em que o dispositivo constitucional prescreve expressamente que, para dar efetividade a *esses objetivos* – quais sejam, os de que os impostos tenham caráter pessoal e sejam graduados segundo a capacidade contributiva –, a administração poderá identificar o patrimônio, a renda, e as atividades econômicas *do contribuinte*, tal possibilidade fica descartada. É que, conforme interpreta o Ministro Sepúlveda Pertence, ao referir expressamente à capacidade econômica *do contribuinte* enquanto indivíduo, já estaria descartada a possibilidade de fundamentar a progressividade na presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva vinculada ao valor do imóvel, conforme trecho que se extrai do voto:

Parece claro daí que a capacidade contributiva a tomar como critério de graduação do imposto é a capacidade econômica efetiva, real e global do contribuinte, o que, lamentavelmente para mim, afasta o meu primeiro impulso, que seria o de admitir, com os professores Roque e Elizabeth Carazza, a tese de que a propriedade imobiliária de grande valor geraria presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva: deveria gerar, *de lege ferenda*, mas a Constituição impede que assim se considere. Não me animo a sobrepor-lhe o meu *wishfull thinking*. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 570-571).

Nota-se que, apesar de se tratar de um voto extremamente sucinto e com pouquíssimas menções doutrinárias – usualmente utilizadas pelos magistrados como reforço aos argumentos –, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence demonstrou um grande esforço argumentativo no sentido de enfrentar frontalmente a tese à qual não adere, demonstrando os elementos que efetivamente influenciaram sua decisão – ou seja, os *atos materiais* –, o que conseqüentemente permite uma melhor extração da norma adscrita da referida decisão judicial.

Talvez, referido esforço argumentativo tenha decorrido justamente do fato de o Ministro Sepúlveda ter, como ele próprio admite, *inclinação pessoal* no sentido contrário ao que defendeu – o que não cabe a nós estimar nesse trabalho –, mas o fato é que, para a construção de uma boa doutrina dos precedentes, o ideal é que os julgadores tenham, no momento de formação dos precedentes judiciais, a mesma postura de argumentação racional que se pretenda universalizável. (BUSTAMANTE, 2012).

Ao comentar os argumentos desenvolvidos pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o professor Marciano Seabra de Godoi ressalva que, ao contrário do que defende o Ministro, "nada na redação originária da Constituição de 1988 impede ou contraria" a presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva decorrente do valor ou localização do imóvel, já que é justamente essa presunção que confere legitimidade aos chamados impostos reais que, caso contrário, se configurariam em "exigências puramente arbitrárias". (2011, p. 102).

Ainda fazendo apontamentos críticos ao entendimento firmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, dessa vez em relação à interpretação dada ao texto do art. 145 §1º da CF, Godoi esclarece que, "ao contrário do que supôs o Ministro, a parte final do artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição trata de atribuir uma *faculdade* à administração tributária, e não de fixar critérios segundo os quais o legislador deve se guiar no desenho dos elementos da obrigação tributária". (GODOI, 2011, p. 104).

Ou seja, como esclarece o tributarista, a menção feita pelo dispositivo constitucional ao *patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte* decorreu da preocupação de autorizar ao Fisco os poderes para levantar referidas informações sem esbarrar nos questionamentos acerca dos direitos individuais de intimidade e privacidade do contribuinte, e por isso não teria qualquer relação mínima com a forma de se aplicar a capacidade econômica a cada tributo. (GODOI, 2011, pp. 104-105).

Nesse contexto, Marciano pontua com a importante constatação que, levar à cabo o raciocínio do Ministro Sepúlveda Pertence

leva ao seguinte paradoxo: praticamente toda a discriminação constitucional de competências tributárias realizada pela Constituição de 1988 em seus arts. 153 a 156 seria alheia ao princípio da capacidade econômica tratado no art. 145, parágrafo 1º, pois dos 13 impostos discriminados na Constituição, somente dois são guiados pela "capacidade econômica efetiva, real e global do contribuinte": o imposto de renda e o imposto sobre grandes fortunas. Todos os demais impostos (sobre a propriedade imóvel, sobre a propriedade de veículos automotores, sobre o consumo, sobre a transferência de propriedade, sobre o comércio exterior) captam a capacidade econômica de uma forma objetiva e presumida. (GODOI, 2011, p. 105).

4.2.2.6. *Demais votos*

Os votos dos demais Ministros presentes na sessão não apresentam maiores destaques para as finalidades deste trabalho, seja porque apenas acompanham os votos de seus pares sem apresentar qualquer fundamentação jurídico-dogmática, como no caso dos Ministros Octávio Gallotti e Sidney Sanches; seja porque, mesmo fundamentados em alguma medida, não foram submetidos a qualquer trabalho argumentativo racional – ou, ao menos, tal argumentação não foi registrada documentalmente –, o que também não se presta a esse trabalho já que, conforme ensina a doutrina dos precedentes que adotamos, devemos considerar como determinante os *facta materiais* que efetivamente influenciaram na decisão e a *ratio decidendi* deles extraída, e não necessariamente os argumentos apresentados apenas para o cumprimento de formalidades. (BUSTAMANTE, 2012).

O Ministro Maurício Corrêa limita-se a dizer, em quatro vagas linhas, que o IPTU é um imposto real e por isso, por não poderia recair sobre a pessoa, "como é o caso do Imposto de Renda e outras exações similares", motivo pelo qual acompanha o voto do Ministro Moreira Alves. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 543).

O Ministro Ilmar Galvão, ao iniciar seu voto, já informa que se filia à corrente que enxerga apenas uma possibilidade para haver progressividade no IPTU, qual seja "mediante a conjugação do art. 156 §1º com o art. 182 §2º", e justifica sob o argumento de que a progressividade, de forma geral, é "um dos meios pelos quais o tributo atinge sua finalidade extrafiscal" e, no IPTU especificamente, essa finalidade seria "realizar programas de organização das cidades". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, pp. 549-550). O magistrado também não adentra as teses sustentadas pelas partes acerca da capacidade contributiva prevista pelo art. 145, §1º, da CF/88 e conclui acompanhando o voto do Ministro Moreira Alves.

O Ministro Néri da Silveira, por sua vez, até inicia o seu voto transcrevendo o art. 145, §1º, da CF/88, o que nos faz presumir que irá tratar da matéria da capacidade econômica, mas, logo em seguida, transcreve também todos os demais dispositivos constitucionais

mencionados nos autos (art. 156, 182 e até mesmo art. 186 da CF/88, que trata da função social da propriedade *rural*) e, ao final, não chega a desenvolver uma argumentação sobre qualquer um deles, concluindo apenas que entende que "a progressividade do IPTU prevista no art. 156, §1º da Lei Maior, somente é cabível na hipótese prevista no art. 182, §4º, II do mesmo Diploma Magno de 1988". (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 567).

4.2.3. Decisão final e ratio(ne) decidendi extraída(s)

Conforme se verifica pelo procedimento deliberativo relatado acima, o Recurso Extraordinário n. 153.771 foi julgado procedente por maioria de votos – vencido apenas o Ministro Carlos Velloso – em decisão que, no controle *difuso* de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade do subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641/89, do Município de Belo Horizonte, que determinava alíquotas progressivas de IPTU para lotes urbanos não edificados em razão do valor venal do imóvel, conforme ementa abaixo transcrita:

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 sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (*Recurso Extraordinário 153.771/MG*, 1996, p. 496).

Tal decisão, julgada pela composição plenária da Corte Suprema em um momento em que a matéria em discussão estava sendo incessantemente questionada pelos juristas¹²⁴,

¹²⁴ Cite-se, como exemplo: ATALIBA, Geraldo. IPTU - Progressividade. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 23, n. 93, jan/mar. 1991; CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Progressividade e IPTU. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1992; CONTI, José Maurício. Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade, São Paulo: Dialética, 1996; XAVIER, Alberto. Inconstitucionalidade dos tributos fixos por ofensa ao princípio da capacidade contributiva. In: V Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Separata da Revista de Direito Público – DRP, São Paulo, 1991; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Capacidade Econômica e capacidade Contributiva. In: Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 14, 1989, pp. 42-50; MACHADO, Hugo de Brito

tornou-se um precedente muito importante à época e, como tal, seu teor passou a vincular inúmeras decisões posteriores: construiu-se, tendo o RE 153.771 como paradigma, o entendimento de que a progressividade, quando fundamentada no princípio da capacidade contributiva (conhecida por progressividade *fiscal*) não poderia ser aplicada ao IPTU, por se tratar de um imposto de caráter real que não comporta referida característica.

De forma mais geral e universalizável – como deve ser uma norma jurisprudencial (BUSTAMANTE, 2012) – construiu-se, portanto, o entendimento de que *é inconstitucional a aplicação da capacidade contributiva a quaisquer impostos reais* ou, dito de outro modo, *os impostos reais não podem ser graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes*.

A partir de então, assumindo a força normativa de um precedente judicial, referida norma jurisprudencial emanada pelo Supremo Tribunal Federal veio norteando o ordenamento e vinculando inúmeros julgados, tanto dos tribunais inferiores como do próprio tribunal constitucional (inclusive na formação de súmulas), conforme será demonstrado nesse capítulo.

No entanto, gostaríamos de deixar nesse tópico uma provocação que, embasada na teoria dos precedentes adotada nesse trabalho, poderá auxiliar a construção do raciocínio nos tópicos seguintes:

- a) considerando que, para que uma decisão seja reconhecida como um precedente judicial capaz de vincular o ordenamento, é necessário que o comando normativo – *norma adscrita* – retirado daquela decisão tenha algum nível de generalização com pretensão de universalizabilidade (BUSTAMANTE, 2012), de forma que não fique necessariamente atrelado às circunstâncias fáticas (MENDES, 2015)¹²⁵;
- b) considerando, por outro lado, que referida generalização não pode ser tamanha que não permita individualizar os fatos materiais determinantes naquele processo

Machado. O princípio da capacidade contributiva. *In*: Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 14, 1989, pp. 124-126, entre outros.

¹²⁵ Em estudo dirigido em que analisa decisões específicas do STF e procura identificar a *ratio decidendi* delas, o Professor Conrado Hübner Mendes, esclarece: "Uma *ratio* muito específica se aplicaria a caso futuro somente se esse fosse absolutamente igual em suas circunstâncias fáticas. Não seria um precedente tão útil, pois os acontecimentos da vida sempre têm especificidades. Por meio de uma *ratio* muito genérica, de outro lado, qualquer conflito entre cultura e meio-ambiente teria de ser resolvido pela decisão final do acórdão, que optou pela prevalência do valor ambiental. Talvez seja uma utilização arbitrária do precedente, pois os argumentos dos votos levam em conta, para chegar à decisão, circunstâncias muito específicas do conflito entre a prática cultural e a violação ambiental em jogo. Nenhum dos extremos parece razoável. Qual nível intermediário seria adequado? O exercício é delicado. Deve-se cortar, na medida exata, os fatos do caso concreto que não se generalizam, e preservar aqueles que são fundamentais e que se prestam como parâmetros jurídicos para situações semelhantes. Estamos montando, peça por peça, a partir de uma decisão específica, uma hipótese normativa abstrata. De uma decisão concreta passada, temos de extrair uma orientação geral para o futuro. É uma espécie de exercício de adivinhação. Assumimos que o tribunal é coerente em sua jurisprudência. Como ele se posicionaria em outros casos que contenham problemas jurídicos similares?" (MENDES, 2015, p. 7) .

argumentativo, e que, portanto, serão também fundamentais para extrair a *ratio decidendi*;

c) considerando ainda que, conforme estudado, a chamada *ratio decidendi* é formada, sob o aspecto analítico, não somente pelo chamado juízo decisório final ou *judgement*, mas também pela indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*) e pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 123);

d) considerando, por fim, que foi possível identificar ao longo do processo decisório em análise uma variedade de *fatos materiais* utilizados em cada um dos diversos votos dos magistrados, os quais variaram bastante também em relação ao raciocínio-jurídico desenvolvido;

questiona-se se a norma jurisprudencial retirada do Recurso Extraordinário 153.771 em análise, de que *os impostos reais não podem ser graduados segundo a capacidade contributiva* não teria sido demasiadamente genérica ao se referir a *todos* os impostos reais, de modo a impedir identificar que alguns dos fatos materiais determinantes para a formação do referido juízo foram as normas previstas nos artigos 156, §1º e 182, §§2º e 4º, da Constituição Federal, ambos aplicáveis *especificamente* aos impostos incidentes sobre a propriedade territorial urbana – IPTU.

Ou seja, será que se não se tratasse de caso específico de IPTU e, portanto, não fossem as regras constitucionais previstas expressamente pelos arts. 156, §1º e 182, §§2º e 4º, tão amplamente debatidas no processo decisório – de forma que, conforme analisado, tomou até mais relevância para os julgadores que a discussão acerca do princípio da capacidade econômica e da aplicabilidade aos impostos reais exclusivamente –, a interpretação acerca da aplicação da progressividade fundamentada tão somente no art. 145, §1º, da Constituição Federal seria a mesma?

Caso a resposta para o questionamento acima seja negativa, poderíamos concluir então que a *ratio* extraída da decisão do RE 153.771 não seria a de que *é vedada a graduação segundo a capacidade contributiva a todos os impostos reais*, mas, um pouco menos genérica, a de que *ao IPTU não poderia ser aplicada a progressividade fiscal fundamentada no princípio da capacidade contributiva* – e não somente por se tratar de um imposto classificado como real, mas porque, conforme entenderam alguns magistrados, por haver outras normas expressas na constituição que apenas autorizariam a progressividade do IPTU quando fundamentada na função social da propriedade, nos termos dos arts. 156, §1º e 182 da Constituição.

Ao levantarmos as interpretações feitas pela doutrina brasileira acerca do referido *leading case*, identificamos que a grande maioria dos juristas extraiu do julgamento que, “muito embora a decisão trate especificamente do IPTU, *seu fundamento é justamente a natureza real do imposto*”. (SILVA, 2014, p.98).

Assim, a partir do julgamento do RE 153.771/MG, a doutrina construiu o entendimento de que, “o IPTU, por ser um imposto real, deve ter alíquota única” (COELHO, 2007, p. 84), como se confirma pelas conclusões do professor Hugo de Brito Machado:

(...) o Supremo Tribunal Federal concluiu ser inadmissível progressividade do IPTU especialmente por considera-lo um imposto *real*. Imposto que, por isso mesmo, leva em conta as características da coisa ou objeto tributado, e não as características ou condições do contribuinte, sujeito da relação de tributação. E na verdade, sendo imposto *real* em que se considera a *coisa*, o objeto, e não o sujeito da relação tributária, pode-se concluir pela inadequação, para essa classe de imposto, de alíquotas progressivas, posto que estas implicam disciplina diversa em razão do sujeito da relação de tributação, buscando realizar o princípio da capacidade contributiva. (2003, p. 367-368).

Nós, no entanto, ousamos discordar dessa interpretação. Pelo que pudemos extrair da análise detalhada do julgamento sob a perspectiva da Teoria dos Precedentes Judiciais, foi justamente por se tratar de um caso de IPTU é que se chegou à referida conclusão final.

Em nosso entendimento, a existência das previsões expressas dos artigos 156, §1º e 182, §§2º e 4º da Constituição Federal, que tratam das modalidades *extrafiscais* de progressividade foi *determinante* para a solução do *leading case*, e norteou o entendimento dos magistrados na conclusão pela inconstitucionalidade do IPTU naquele caso.

Isso nos leva a acreditar que, se a discussão acerca do tema remontasse a algum outro imposto, ainda que classificado como real, mas que não tivesse normas expressas de progressividade *extrafiscal* no texto constitucional, o entendimento poderia ser diverso.

Tal conclusão fica ainda mais evidenciada se analisarmos os precedentes do STF *anteriores* ao referido julgamento. Conforme denuncia Marciano Seabra de Godoi, o STF, ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, que sequer tratava expressamente do princípio da capacidade contributiva, já havia manifestado entendimento pela constitucionalidade da progressividade das alíquotas do IPTU em razão do valor venal do imóvel¹²⁶. Mas teria bastado a promulgação da Constituição de 1988, que “seu art. 145,

¹²⁶ Conforme destaca o tributarista, referido entendimento “fica explícito no acórdão do plenário no julgamento do RE 69.784 (Relator Ministro Djaci Falcão, DJ de 5.1.1977), ocorrido em 1975.” (GODOI, 2011, p.105). No referido acórdão, que discutia a progressividade das alíquotas de IPTU com base no número de imóveis, aponta Godoi que “todos os ministros admitiram que, caso a lei determinasse a progressividade de alíquotas do IPTU com base no valor venal de cada um dos imóveis, não haveria qualquer inconstitucionalidade”. (2011, p. 105).

parágrafo 1º, ao afirmar o princípio da capacidade econômica, teria tido o efeito prático de revogar a possibilidade de aplicar esse princípio em relação a quase todos os impostos do sistema tributário” (2011, p. 105).

Esse cenário, que Marciano de Godoi classifica como “surpreendente e paradoxal”, nos revela algo mais: justamente ao contrário do que se esperava, não foi o princípio da capacidade contributiva, insculpido no teor do artigo 145, § 1º da CF/88, que teria influenciado a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 153.771/MG. Mas, como já denunciávamos acima, foi o teor dos arts. 156, §1º e 182, §§ 2º e 4º, que também foram inovações normativas da Constituição de 1988¹²⁷, que teve esse condão.

Pelo nosso entendimento, os Ministros foram induzidos pela ideia de que, ao prever expressamente formas de progressividade *extrafiscal* para alguns impostos (coincidentalmente classificados como reais), a Constituição teria levado a entender que *somente* nessas hipóteses expressas os referidos impostos poderiam estabelecer alíquotas progressivas. Aqueles teriam sido os fatos materiais que efetivamente determinantes para o processo argumentativo em questão, e essa foi a *ratio* fortemente vinculante (*should sources*) para o referido *leading case*. (BUSTAMANTE, 2012).

Desse modo, o argumento da aplicação da progressividade fiscal, fundado na capacidade contributiva prevista pelo art. 145, §1º da CF/88, teria se tornado para os Ministros julgadores como meramente tangenciais ou, apropriando-nos dos conceitos da doutrina dos precedentes, como *may sources*. (BUSTAMANTE, 2012).

Sendo assim, a *ratio decidendi* que entendemos realmente vinculante no referido julgamento não foi a de que “é inconstitucional a instituição de progressividade fundamentada na capacidade contributiva a *todos* impostos reais”, mas, de forma muito menos abrangente, a *ratio* de que “é inconstitucional a instituição de alíquotas progressivas para o IPTU em situações diversas daquelas expressamente previstas na Constituição Federal de 1988”.

Temos ciência de que essa nossa conclusão pode parecer ousada nesse primeiro momento, já que o entendimento pela “inconstitucionalidade da progressividade aos impostos reais” impactou uma infinidade de casos e norteou toda a doutrina tributária ao longo de anos a fio, mas talvez com essa concepção já adiantada nesse momento, toda a evolução

¹²⁷ Conforme esclarece Misabel Derzi em anotações feitas à obra de Aliomar Baleeiro, a técnica da progressividade tributária com fins de cumprimento da função social da propriedade foi introduzida em nosso sistema pela Constituição de 1988, que previu tal possibilidade tanto para o IPTU quanto para o ITR. (DERZI em BALEEIRO, 2001).

jurisprudencial subsequente poderá ser analisada de forma sistemática e, possivelmente, nos parecerá até mesmo mais coerente.

4.2.4. Observação de destaque: ADI n. 1982149-77.2000.8.13.0000

Ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, identificamos que o mesmo dispositivo da Lei n. 5.641/89 do Município de Belo Horizonte objeto de discussão em controle difuso de constitucionalidade no RE 153.771 ora analisado, foi submetido também a controle *concentrado* de constitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio da ADI n. 1982149-77.2000.8.13.0000, em face de suposto conflito com dispositivo expresso da Constituição Estadual.

Referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em meados de 2000, buscava a declaração de inconstitucionalidade do mesmo art. 83 *caput* e Tabela III da Lei municipal n. Lei n. 5.641/89, que previa alíquotas progressivas ao IPTU do Município de Belo Horizonte, sob o fundamento de violação ao disposto no art. 170, inciso III e § único, da Constituição do Estado de Minas Gerais¹²⁸, que determinava aos Municípios a necessária observância às normas gerais federais e estaduais quando da instituição de tributos.

Pela interpretação conjunta desses dispositivos, vê-se que, de forma reflexa, a discussão aventada na referida ADI era exatamente a mesma do RE 153.771 mencionado acima, qual seja a impossibilidade de aplicação da progressividade *fiscal* ao IPTU, fundamentada na capacidade contributiva prevista pelo art. 145, §1º, da CF/88, tendo em vista a norma expressa dos arts. 156, §1º e 182 da mesma Carta Constitucional.

Sem adentrar a discussão formal acerca da competência do TJMG pra apreciar, em controle concentrado, *inconstitucionalidade reflexa* de lei municipal¹²⁹, a decisão proferida pelo TJMG na referida ADI ganha relevância para o presente trabalho porque exemplifica uma situação, dentro do mesmo contexto, de grande respeito e valorização de precedentes.

¹²⁸ Art. 170 – A autonomia do Município se configura no exercício de competência privativa, especialmente: (...) III – instituição, decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigação de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; (...) Parágrafo único – No exercício da competência de que trata este artigo, o Município observará a norma geral respectiva, federal ou estadual (MINAS GERAIS, 1989).

¹²⁹ Em que pese o argumento acerca da impossibilidade de se discutir constitucionalidade de lei municipal, em controle concentrado, em face da Constituição Federal tenha sido preliminarmente arguido pelo Município de Belo Horizonte, tal argumento não foi acolhido pelo TJMG, que à unanimidade rejeitou a preliminar alegando não se tratar de inconstitucionalidade reflexa, "*uma vez que o citado artigo 170 da Carta Mineira incorporou os princípios constitucionais, a respeito, inseridos na Carta Federal*" (ADI n. 1982149-77.8.13.0000, 2000, p. 8).

É que, ao apreciar o mérito da referida demanda, o Relator Desembargador Campos Oliveira menciona expressamente que não somente já teria se posicionado diversas vezes pela constitucionalidade da progressividade *fiscal* do IPTU fundamentada no princípio da capacidade contributiva, como continua concordando com o referido entendimento, mas que, tendo em vista que Supremo Tribunal Federal se posicionou em sentido contrário – e nesse momento invoca justamente o precedente do RE 153.771/MG analisado acima –, o Desembargador alega que não teria mais condições de sustentar o posicionamento anterior, motivo pelo qual não encontra mais alternativa que valer-se dos mesmos fundamentos que utilizou o STF para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, conforme trecho abaixo transcrito:

Quanto ao mérito, já tive oportunidade de decidir contrariamente à tese do autor quando do julgamento da Apelação Cível nº 54.925-3, da Comarca de Belo Horizonte, onde assim me pronunciei: (...) 'a progressividade do tributo tem respaldo na Constituição Federal, em face do que nela está previsto em seu artigo 145, § 1º, que estabelece o caráter pessoal e a graduação dos impostos, permitida a diferenciação, que é exatamente a progressividade, qualificada na inicial como inconstitucional'. (...) Entretanto, o Eg. Supremo Tribunal Federal tem entendimento contrário e, no caso específico, deu provimento ao recurso extraordinário [*RE 153.771/MG*], com a seguinte ementa: (...) Como se vê, a Corte Excelsa, guardiã da Constituição Federal, tem decidido, reiteradamente, em sentido contrário ao entendimento deste Tribunal, de modo que não vejo como continuar a sustentar meu pronunciamento anterior, valendo-me, agora, dos mesmos fundamentos de que se utilizou o Em. Ministro-Relator. Isto posto, acompanhando o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, julgo procedente o pedido e declaro inconstitucional o art. 83, caput, da Lei Municipal nº 5.641/89, alterado pelas Leis Municipais nºs 7.242/96 e 7.633/98. (*ADI n. 1982149-77.2000.8.13.0000*, 2000, p. 28-29; 33).

Nota-se que, embora colacione aos autos trechos de decisões proferidas pelo próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais – em casos relatados tanto por ele (autoprecedente), como por outros desembargadores (precedente horizontal), o que nos levaria a presumir que acompanharia o entendimento das referidas decisões –, o Desembargador Campos Oliveira o faz apenas pra exemplificar sua convicção pessoal, à qual renunciou expressamente para acompanhar posicionamento da corte suprema, tribunal hierarquicamente superior e formalmente responsável para apreciar questões constitucionais.

Essa decisão assume grande importância dentro do conteúdo que vem sendo estudado por duas razões: ao mesmo tempo em que demonstra uma importante – e louvável – preocupação com a coerência do sistema jurídico e uma deferência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aos precedentes judiciais construídos pelo STF acerca da mesma matéria, por outro lado demonstrou falta de esforço argumentativo para superá-lo, já que o tribunal

mineiro já vinha se posicionando em sentido contrário há algum tempo, criando-se uma expectativa no ordenamento que comporte com coerência aos seus próprios precedentes.

4.3. Progressividade do ITBI - Súmula 656 do STF (2003)

Conforme tratamos brevemente no capítulo 3, a súmula se afigura como um dos institutos jurídicos mais complexos e controversos no estudo de precedentes no Brasil, e não somente por se tratar de uma modalidade criada de forma muito específica – praticamente exclusiva – no direito brasileiro, com poucos similares no direito comparado (BUSTAMANTE, 2013, p. 71), mas também porque, ao mesmo tempo em que pode ter uma conotação positiva no sentido de conferir algum grau de estabilidade e coerência – além de efetividade – ao sistema, também pode assumir características que contrariam a própria lógica da doutrina do *stare decisis*, tal como a abstração em relação aos fatos que lhe deram origem, de forma que impossibilita a extração da efetiva *ratio decidendi* – que, como já dissemos, é composta também dos fatos materiais que lhe deram fundamento – e desencadeia uma arriscada situação de padronização decisória. (THEODORO JUNIOR; NUNES & BAHIA, 2010).

Sem embargo das importantes críticas e discussões doutrinárias acerca do instituto, cabe-nos aqui, nesse momento, analisar o conteúdo das súmulas que estejam envolvidas na temática ora abordada, qual seja a capacidade contributiva e progressividade dos impostos reais, desempenhando a árdua tarefa de (tentar) extrair os *factos materiais* que lhes deram fundamento para melhor compreender a evolução jurisprudencial acerca do tema.

Em meados do ano de 2003, aproximadamente sete anos após o julgamento do RE 153.771/MG, que se tornou paradigma para a discussão sobre a progressividade de impostos classificados como reais, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em sessão plenária, o enunciado da Súmula 656, segundo a qual "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" (2003).

Ou seja, mesmo após a corte suprema construir um *precedente* acerca da matéria, a discussão sobre a progressividade fundamentada no princípio da capacidade contributiva continuou sendo frequentemente discutida – em relação aos demais impostos (reais), que não o IPTU – tanto na doutrina jurídica como nos tribunais.

Isso talvez tenha ocorrido porque o grau de generalidade daquela *ratio decidendi* construída – de que não se aplicaria a progressividade para *quaisquer* impostos reais – não

tenha ficado assim tão clara, já que, conforme demonstramos acima, os fundamentos utilizados e a argumentação desenvolvida foram constantemente atrelados aos dispositivos constitucionais específicos ao IPTU¹³⁰. Ou talvez porque a sociedade não aceitasse mesmo aquele entendimento e estivesse tentando buscar a evolução do direito por meio da superação do precedente anterior.

O fato é que, em algumas situações, a administração tributária continuou instituindo alíquotas progressivas, fundamentadas na ideia de capacidade econômica e de justiça fiscal, a outros impostos classificados como reais, tais como os impostos incidentes sobre a transmissão de bens imóveis a título oneroso (ITBI), e mesmo a título gratuito (ITCD).

No caso específico do ITBI, nota-se que uma alteração na legislação do Município de São Paulo ocorrida em 1991, que determinou a graduação das alíquotas do referido tributo em razão do valor venal dos imóveis transmitidos, acabou por desencadear um grande volume de ações judiciais, que acabariam por chegar à apreciação do STF.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem consolidar o seu entendimento por meio da Súmula n. 656, que previu a inconstitucionalidade das alíquotas progressivas de ITBI com base no valor venal do imóvel (2003).

Para as finalidades desse trabalho, tendo em vista que as súmulas caracterizam-se por não se atrelar aos fatos de *um* caso concreto especificamente – mas ao contrário, a um número reiterado de casos que tenham sido exaustivamente examinados por aquele tribunal –, o ideal era que tivéssemos acesso ao debate deliberativo do Supremo Tribunal Federal do qual gerou a sua instituição. Afinal, como defendemos nesse trabalho, escorados no entendimento da Professora Misabel Derzi,

A súmula (quando corretamente compreendida) não se fundamenta (mesmo no Brasil) em uma recusa à investigação do caso ou de uma resistência ao levantamento de provas difíceis ou onerosas, o que ocorre com a simplificação da execução - praticidade e várias de suas técnicas. (...) Uniformiza-se a interpretação, obtida ao exame de casos isolados, mas a súmula, embora projetada para alcançar sentenças futuras, só se entende aplicável aos casos idênticos, vale dizer, àqueles que, *depois de investigados*, se ajustam ou se subsumem nos mesmos pressupostos legais, fáticos e interpretativos que nortearam a sua edição. (DERZI *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 105).

Não obstante, tendo em vista que o debate daquela sessão plenária de 24 de setembro de 2003 não foi disponibilizado ao acesso público, buscamos então, na análise dos acórdãos

¹³⁰ Conforme se viu, as teses defendidas no RE 153.771 acerca da progressividade *fiscal* (fundada na capacidade contributiva) nunca foram dissociadas das previsões constitucionais que tratavam da progressividade *extrafiscal* para o IPTU, quais sejam os arts. 156, §1º e 182, §§2º e 4º.

listados pelo STF como precedentes de instituição da referida súmula 656, os elementos necessários para compreender a evolução do entendimento do tribunal acerca da matéria discutida, conforme se verá no próximo item.

4.3.1 Precedentes de fundamentação da súmula

Conforme se verifica pela ata de publicação do enunciado n. 656, o Supremo Tribunal Federal elencou como referências legislativas da referida súmula os artigos 145, § 1º e 156, II¹³¹ da Constituição Federal e, como *precedentes* de sua instituição, os acórdãos proferidos em cinco Recursos Extraordinários em que – ao menos em tese – a matéria sumulada teria sido exaustivamente discutida, quais sejam: RE 153771, de 5 de setembro de 1997; RE 227033, de 17 de setembro de 1999; RE 252044 de 01 de outubro de 1999; RE 252368 de 15 de outubro de 1999; e RE 234105, de 31 de março de 2000.

4.3.1.1 Recurso Extraordinário 153.771/MG

O primeiro precedente invocado, como se nota, foi justamente o *leading case* abordado no tópico 5.1 acima. Conforme vimos, referido Recurso Extraordinário envolveu discussão acerca da progressividade de alíquotas incidentes sobre o IPTU, graduadas em razão do valor e da destinação dos imóveis, com fundamento nos princípios da isonomia e da capacidade econômica do contribuinte. Embora o debate travado naquela oportunidade não tratasse especificamente do Imposto de Transferência de Bens Imóveis a título oneroso – ITBI como no caso da Súmula n. 656, após o julgamento do referido RE 153.771 pelo plenário do STF, difundiu-se o entendimento – a nosso ver equivocado – de que não caberia a aplicação do princípio da progressividade sobre aqueles impostos classificados como reais, ou seja, que aqueles impostos que são diretamente relacionados ao bem/matéria tributável, e não às características pessoais dos contribuintes.

Destacamos que, embora referido fundamento acerca da inaplicabilidade da capacidade contributiva aos impostos reais tenha sido apenas tangencial no processo argumentativo racional desenvolvido ao longo do julgamento – uma vez que, como vimos, o

¹³¹ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição. (BRASIL, 1988).

maior esforço argumentativo dos Ministros foi concentrado na interpretação dos artigos 156, §1º e 182, §§ 2º e 4º da CF/88 – o fato é que a interpretação extraída pela maioria dos juristas à época, e que acabou construindo direito em nosso ordenamento jurídico foi justamente o da impossibilidade de estabelecer alíquotas progressivas, quando fundamentada na capacidade contributiva, aos impostos classificados como reais.

4.3.1.2 Recurso Extraordinário 234.105/SP

O segundo acórdão suscitado como precedente de fundamentação da Súmula 656 do STF foi o proferido, em sessão plenária, no RE 234.105/SP, recurso no qual se discutiu, em controle difuso, a constitucionalidade da Lei n. 11.154/1991 do Município de São Paulo, que previa alíquotas progressivas de ITBI em razão do valor do imóvel, também com fundamento nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia insculpidos nos arts. 145, §1º e 150, II, da Constituição Federal, respectivamente.

Em seus principais fundamentos, os contribuintes recorrentes alegaram que a norma prevista pelo art. 145, §1º, da CF/88 tem *caráter genérico*, enquanto a norma do art. 156, II, da CF/88, que é de *caráter específico*, só admite progressividade em relação ao IPTU, e, por esse motivo, a progressividade *fiscal* fundamentada na capacidade contributiva ofenderia o princípio da legalidade estrita. (*Recurso Extraordinário 234.105/SP*, 1999, p. 825).

Segundo defendem os contribuintes, a Constituição Federal teria enumerado taxativamente os impostos que podem ser progressivos, quais sejam o Imposto de Renda, nos termos do art. 153, §2º, I; o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, nos termos do art. 156, §1º; e o imposto incidente sobre a propriedade territorial rural – ITR, nos termos do art.153, §4º, de forma que qualquer previsão além dessas ofenderia as normas constitucionais.

Após o relato dos fatos, ao pronunciar-se sobre o caso, o Ministro Relator Carlos Velloso defende que a progressividade das alíquotas, ainda que se trate de imposto classificado como real, é absolutamente constitucional e fundamenta-se nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, que implicam na "busca para alcançar justiça tributária". (*Recurso Extraordinário 234.105/SP*, 1999, p. 829-830).

Para fundamentar seus argumentos, o Ministro Carlos Velloso colaciona parte do voto que proferiu nos autos do RE 153.771, já abordado acima no item 5.1 deste capítulo, nos termos do qual defendeu a aplicação do princípio da capacidade contributiva para quaisquer impostos, independente de sua classificação como reais ou pessoais.

Não obstante, mesmo fazendo essa menção expressa, o Ministro Carlos Velloso entende que a progressividade não se aplicaria ao caso *específico* do ITBI por outra razão: segundo defende – pela nossa visão, de forma relativamente confusa e até mesmo controversa – quando a Constituição Federal decidiu separar o tributo incidente sobre a transmissão de bens imóveis *inter vivos* a título oneroso, de competência municipal, do imposto incidente sobre as transmissões *causa mortis* e a título gratuito (doação), de competência estadual – que na Constituição anterior, de 1967, eram fundidos em um só imposto – o fez atribuindo a um deles a característica da progressividade e, ao outro, o da proporcionalidade. (*Recurso Extraordinário 234.105/SP*, 1999, p. 834-836). Ou seja, para ambos os casos manifestou aceitar a aplicação da capacidade contributiva, seja pela técnica da progressividade, seja pela técnica da proporcionalidade.

Embora não justifique claramente as razões desse entendimento, Carlos Velloso transcreve alguns excertos doutrinários – alguns, a nosso ver, deslocados do contexto da discussão¹³² – que corroborariam com essa informação.

Além disso, o magistrado colaciona alguns outros textos doutrinários, bem como o trecho de uma decisão monocrática proferida pelo Ministro Néri da Silveira em outra ocasião, segundo os quais a Constituição Federal teria elencado, de forma expressa, todas as possibilidades de instituição de alíquotas progressivas no ordenamento e, portanto, por não haver norma expressa que autorize, não caberia progressividade também ao ITBI.

¹³² Segundo nosso entendimento, a doutrina colacionada pelo Ministro Carlos Velloso não pertence toda ela à mesma corrente de pensamento. O trecho cotejado de doutrina da Professora Misabel Derzi (que na realidade foi escrita mesmo por Aliomar Baleeiro, conforme se constata pela distinção dos caracteres na referida obra), por exemplo, não nos parece defender que o ITBI deva ser proporcional enquanto o ITCMD deva ser progressivo, mas apenas constata (ao nosso ver com um tom de crítica) que, naquela oportunidade em que foi escrito, *ambos* ainda eram tributados de forma proporcional, embora já tivesse tido momento em que o poder judiciário entendeu pela progressividade na transmissão *causa mortis*. Ou seja, pelo nosso entendimento, salvo melhor juízo, o que a jurista defendia naquela oportunidade é que - ao menos - o imposto incidente nas transmissões *causa mortis* fosse progressivo, mas não necessariamente que os impostos *inter vivos* não pudessem sê-lo. Segue, abaixo, o trecho doutrinário citado ao qual me refiro, retirado da obra "Direito Tributário Brasileiro" (escrita por Aliomar Baleeiro e revisada e complementada por Misabel Derzi), o qual foi citado pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto: "A progressividade nos tributos é a melhor técnica de personalização dos impostos, como determina expressamente o art. 145, §1º, da Constituição de 1988. (...) No Brasil, como, aliás, em quase todos os países, o imposto de herança era progressivo, segundo o valor do quinhão de cada herdeiro ou legatário, ao passo que o imposto *inter vivos* se aplica proporcionalmente. O Senado adotou também a proporcionalidade, aliás suave, para o imposto *causa mortis*. O STF, no Direito anterior, já teve oportunidade de considerar legítima a arrecadação desse imposto sobre as doações pelas mesmas tabelas progressivas que a lei local decretara para a transmissão *causa mortis* (RMS n. 9.642-RJ, unân., O. Trigueiro, Relator, 14.03.1966, RTJ, vol. 37, p. 180). No regime atual, essa política fiscal dependerá da lei reguladora e da resolução do Senado. A lei e o Senado podem estabelecer alíquotas ou escalas diversas para a transmissão *causa mortis* e, sem ofensa à Constituição, estender progressão desta a casos de impostos *inter vivos* - as doações, por exemplo. Todavia, no espírito do constituinte, transparece o propósito de mitigar o peso desse último. Atualmente, o imposto *causa mortis* é proporcional." (*Recurso Extraordinário 234.105/SP*, 1999, p. 836).

Referidos argumentos foram, a nosso ver, de certa forma, contraditórios entre si, e não apresentaram uma racionalidade consistente: ao mesmo tempo em que entende que a graduação segundo a capacidade contributiva é aplicável a quaisquer impostos, independente de serem reais ou pessoais (1º argumento); entende que apesar disso apenas não seria possível aplicar a progressividade ao ITBI por não haver norma expressa que o autorize (2º argumento); mas por outro lado aceita ser possível aplicar a progressividade às transmissões *causa mortis*, mesmo sabendo que não há norma expressa que o permita (3º argumento).

Ao desenvolver uma análise crítica do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, o qual entende incorreto, Marciano Seabra de Godoi apresenta as mesmas ressalvas às quais aderimos integralmente com o nosso trabalho: “o voto do Ministro Carlos Velloso, que aceita a progressividade do ITCD, não indica que regra ou princípio constitucional vedaria a progressividade de alíquotas no caso do ITBI”. (2011, p. 115).

Alberto Macedo, que também analisou e traçou comentários acerca dos referidos julgados, apresenta uma suposição de que a razão que determinaria a impossibilidade da progressividade no ITBI, para o Ministro Carlos Velloso, adviesse “do fato de ele se revestir como um imposto sobre circulação” (2014, p. 289), uma vez que tal teria sido aventado pelo Ministro Nelson Jobim.

Não obstante, tal fundamento não chegou a ser expressamente apresentado pelo Ministro Relator e, ainda que tivesse, ainda assim não retiraria as contradições da decisão do Ministro Carlos Velloso, pois não encontraria escopo jurídico para ser sustentado.

Afinal, conforme esclarece Marciano Seabra de Godoi, a incoerência do argumento apresentado pelo Ministro Carlos Velloso decorre da estranha distinção que faz do ITBI em relação aos demais impostos pois,

Se partirmos da premissa – que nos parece correta – de que a capacidade econômica objetiva e presumida é o pressuposto legitimador dos impostos reais que incidem sobre a propriedade (IPTU) ou sobre a transmissão (ITCMD) de determinados bens específicos, e de que a progressividade de alíquotas nesses impostos é uma exacerbação constitucionalmente permitida daquela presunção de capacidade econômica, *não cabe deixar de fora desse raciocínio o ITBI*. (GODOI, 2011, p. 115).

De toda forma, o fato é que, mesmo se fundamentando em argumentos – a nosso ver incoerentes entre si, conforme criteriosamente apontado pelo Professor Marciano de Godoi – o fato é que, ao final, o Ministro Carlos Velloso votou pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei do Município de São Paulo que previu graduação progressiva das alíquotas do imposto incidente sobre as transmissões de bens imóveis a título oneroso – ITBI.

Os ministros Nelson Jobim, Mauricio Correa, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octavio Galloti, Sydney Sanches e Moreira Alves acompanharam o voto do relator na parte dispositiva, mas todos eles fizeram a ressalva de divergência quanto ao fundamento, para que se fizesse constar que adotam, para esse caso, o "mesmo fundamento do RE 153.771", qual seja, o de que os impostos classificados como *reais* seriam insuscetíveis de serem graduados segundo a capacidade contributiva. Ou seja, segundo os referidos ministros (maioria de votos), o referido dispositivo da lei municipal foi declarado inconstitucional por se tratar o ITBI de um imposto de natureza real e, portanto, impassível de possuir alíquotas progressivas.

À exceção da maioria citada acima, o Ministro Marco Aurélio acompanhou integralmente o voto do relator, ressaltando entender possível a aplicação de progressividade fundada na capacidade contributiva para quaisquer impostos – reais ou pessoais – considerando o contexto de justiça tributária buscado pela Constituição de 1988.

Tendo em vista a divergência na fundamentação – apesar da concordância acerca da conclusão –, referido acórdão foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE IMÓVEIS, INTER VIVOS - ITBI. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. C.F., art. 156, II, § 2º. Lei nº 11.154, de 30.12.91, do Município de São Paulo, SP. I. - Imposto de transmissão de imóveis, inter vivos - ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. II. - R.E. conhecido e provido. (*Recurso Extraordinário 234.105/SP*, 1999, p. 823).

Conforme se nota, a ementa não trouxe em sua parte dispositiva a concepção de que não se aplica a progressividade no caso em tela por se tratar de um imposto real, mas, de forma bem específica, refere-se à impossibilidade de aplicá-la ao ITBI porque, para esse imposto, a capacidade contributiva já estaria sendo observada com a aplicação da proporcionalidade com base no valor da venda.

Em comentários desenvolvidos também em análise do referido julgado, em confronto com os precedentes anteriores, Alberto Macedo pontua que

Se houvesse uma classificação ontológica dos impostos em reais e pessoais, não seria necessário o constituinte falar da necessidade de se buscar a pessoalidade nos impostos. Teria sido o bastante a própria listagem dos impostos, efetuada nos arts. 153, 155 e 156, e o mero leitor já segregaria facilmente esses impostos em reais e pessoais. (2014, p. 288).

Ou seja, o que o autor pretende esclarecer com esse comentário é que a suposta “ontologia” do caráter real dos impostos incidentes sobre o patrimônio seria uma falsa

premissa pois, se fosse verdadeira, a expressão constitucional “sempre que possível” não teria qualquer razão de existir, já que os impostos ditos por reais jamais alcançariam referido caráter pessoal buscado pela Constituição. (MACEDO, p. 287-289).

Por outra ótica, retomando à análise do caso pela perspectiva do julgamento e nem tanto do mérito, deixamos uma provocação: considerando os argumentos usados pelos Ministros (sobretudo o Ministro Carlos Velloso), não seria também possível extrair do referido acórdão a *ratio* de que o princípio da capacidade contributiva é aplicável ao ITBI mesmo se tratando de um imposto real e, portanto, de que a capacidade contributiva é aplicável aos impostos reais de forma geral?

Afinal, ao tratar de forma *expressa* na ementa do julgado que, no ITBI, “realiza-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda”, o Supremo Tribunal Federal já apresenta fortes indícios de concordância com a aplicação da capacidade econômica aos impostos reais. (GODOI, 2011, p. 115).

4.3.1.3 Recurso Extraordinário 227.033/SP

O terceiro acórdão citado também questiona a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal da Lei n. 11.154/91 do Município de São Paulo questionado no caso anterior, o qual havia instituído alíquotas progressivas na incidência do ITBI naquele município, fundamentando-se para tal nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

Quando julgado em segunda instância, o Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, fundamentando-se em decisões anteriores e em posicionamentos doutrinários que invoca¹³³, havia entendido pela constitucionalidade da progressividade instituída pela lei paulistana, sob o argumento de que, conforme explicita, “é a própria constituição que autoriza a progressividade dos impostos”.

¹³³ Destacamos aqui, em especial, um dos diversos textos doutrinários invocados pelo referido acórdão de segunda instância, não pelo mérito em si, mas porque reproduz comentários doutrinários feitos especificamente em relação à Lei n. 11.154/1991 discutida no caso concreto, conforme se vê: “A lei municipal estabeleceu alíquotas progressivas com fundamento no art. 145, §1º, da CF, segundo o qual os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. O valor venal do imóvel, sem dúvida alguma, constitui elemento objetivo, exteriorizados da capacidade contributiva do adquirente, sujeito passivo do imposto. Daí porque a progressividade fiscal, fundada no valor venal do imóvel, vai de encontro ao preceito constitucional de natureza pragmática. Alguns estudiosos sustentam que essa progressividade só seria possível em relação a impostos pessoais. Atualmente, não seria possível, “a priori”, classificar determinado imposto em real ou pessoal, pois essa classificação, que não é jurídica, perdeu nitidez em face da tendência de personalização dos chamados impostos de natureza real, conforme nosso Sistema Constitucional Tributário de 1988”. (HARADA, Kiyoshi. Sistema Tributário do Município de São Paulo, 2 ed., RT, pg. 149).

Não obstante, ao julgar a matéria em sede de Recurso Extraordinário, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reformou o entendimento anterior para declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal questionado (art. 10 da Lei n. 11.154/1991 do Município de São Paulo). Em sua fundamentação, no entanto, os julgadores não desenvolvem qualquer tipo de argumentação racional mínima, mas apenas referem-se de forma direta à ementa da decisão proferida no RE 234.105 mencionado no tópico acima, segundo a qual "a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda" (*Recurso Extraordinário 227.033/SP, 1999, p. 738*).

Destaca-se que, das onze páginas do acórdão do RE 227.033 ora analisado, nove delas são destinadas a transcrever a decisão proferida pelo Tribunal Estadual em segunda instância, e menos de uma página é dedicada ao voto do Relator Ministro Moreira Alves que, acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros, reformou a decisão anterior, conforme trecho do voto integralmente transcrito abaixo:

O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 234.105, assim decidiu: "Constitucional. Tributário. Imposto de Transmissão de Imóveis, inter vivos - ITBI. Alíquotas Progressivas. C.F., art. 156, II, § 2º. Lei nº 11.154, de 30.12.91, do Município de São Paulo. SP. I - Imposto de transmissão de imóveis, "inter vivos" - ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. II - R.E. conhecido e provido." Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. Em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento para julgar procedente a ação, condenando o ora recorrido nas custas e honorários de advogado que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado. (*Recurso Extraordinário 227.033/SP, 1999, p. 738*).

Fazemos esse destaque para que se note que, embora tenha sido invocado pelo STF como precedente para a instituição da Súmula n. 656, o referido acórdão não trouxe em seu conteúdo qualquer debate ou argumentação jurídica que demonstrasse as razões de seu entendimento e confrontasse frontalmente as teses sustentadas pelas partes em sentido contrário, de forma a construir uma verdadeira *norma jurisprudencial* capaz de vincular decisões posteriores.

Ao invés disso, referida decisão proferida pelo STF no RE 227.033 limitou-se a invocar uma decisão anterior (RE 234.105) – que, por sinal, também invoca outra decisão anterior (RE 153.771) – como seu fundamento: se, por um lado, pode demonstrar algum tipo

de respeito aos próprios precedentes¹³⁴ ao subsumir este ao caso anterior, por outro lado entendemos que o acórdão ora analisado não se qualifica, dentro da doutrina que estudamos, com o *status* de precedente judicial, uma vez que não foi submetido a qualquer argumentação racional necessária à construção de uma *norma jurisprudencial*.

4.3.1.4 Recursos Extraordinários 252.368/SP e 252.044/SP

As duas últimas decisões judiciais que foram invocadas pelo STF como *precedentes* de fundamentação da Súmula n. 656 referem-se a Recursos Extraordinários que sequer foram conhecidos pela Corte Suprema.

Em ambos os casos, questionava-se a constitucionalidade do mesmo art. 10 da Lei n. 11.154/91 do Município de São Paulo discutido nos dois casos anteriores. Mas nestes, ao contrário daqueles, o extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo votou em segunda instância pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que previa a progressividade das alíquotas de ITBI naquele município.

Assim, ao chegar ao crivo do STF, ambos os Recursos movidos pelo município de São Paulo não foram conhecidos sob o fundamento de que os acórdãos recorridos estariam em consonância com o entendimento do tribunal e, portanto, não seriam passíveis de reforma¹³⁵.

No RE 252.368/SP, o Ministro Relator Marco Aurélio, ao avaliar o cabimento do recurso, também invocou o entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do RE 234.105 já mencionado acima, nos termos do qual havia se concluído pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sob o argumento de que "a problemática da capacidade contributiva, instituto voltado à justiça tributária, realiza-se *ante a variação do preço de venda do imóvel*". (*Recurso Extraordinário 252.368/SP*, 1999, p. 3208).

Nota-se que, com essa referência argumentativa, mais uma vez se nega a suposta *ratio decidendi* extraída do RE 153.771/MG pela doutrina pátria, pois a própria decisão admite a aplicação da capacidade econômica a um imposto real, ainda que pelo critério da proporcionalidade.

¹³⁴ Aqui, considerando a teoria que adotamos como marco teórico, entendemos que a referida decisão proferida nos autos do RE 234.105 poderia ser entendida tanto como um *precedente vertical* para a Primeira Turma do STF, o que lhe atribui um sentido forte de vinculação, uma vez que oriundo do Plenário da Suprema Corte, como, pela perspectiva dos julgadores que compõem a referida Primeira Turma, poderia ser considerada como uma forma de *autoprecedente*, uma vez que os Ministros se vinculam, de certa forma, ao que decidiram naquela sessão plenária.

¹³⁵ Fato esse que, a nosso ver, obstaría que os referidos recursos, não conhecidos, viessem a ser utilizados como precedentes de fundamentação de decisões futuras.

Os demais Ministros que compunham a segunda turma acompanharam, à unanimidade, o referido voto, cujo acórdão final foi assim ementado:

TRIBUTO - CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO - INTER VIVOS. A variação do preço do negócio jurídico atende ao instituto da capacidade contributiva. Adoção de alíquotas diversas representa duplicidade contrária ao texto constitucional. Precedente: Recurso Extraordinário nº 234.105-3/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso perante o Pleno, e julgado em 8 de abril de 1999. (*Recurso Extraordinário 252.368/SP*, 1999, p. 3205).

Quanto ao RE 252.044/SP, não foi possível analisar o inteiro teor do acórdão, porquanto não foi disponibilizado no repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De todo modo, ao analisarmos o teor da ementa, é possível constatar que a decisão que não conheceu o Recurso Extraordinário interposto também se fundamentou na decisão proferida no RE 234.105/SP, conforme se vê:

Imposto sobre transmissão de bens imóveis. Progressividade. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 234.105, firmou o entendimento de que, tendo o imposto sobre transmissão de bens imóveis a natureza de imposto real, não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, para, com base nela, se estabelecer a progressividade desse tributo, à semelhança do que decidiu anterior com relação ao IPTU. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (*Recurso Extraordinário 252.044/SP*, 1999).

Nota-se, portanto, que, assim como ocorreu no RE 227.033, nesses dois últimos casos também não houve qualquer tipo de discussão argumentativa que abordasse as teses apresentadas e sustentasse, de forma racional, a decisão tomada: as decisões proferidas pelo STF também se limitaram a invocar um precedente anterior do tribunal para negar conhecimento aos recursos interpostos.

Ou seja, pelo ponto de vista da doutrina do *stare decisis* que adotamos, referidas decisões não produziram qualquer *norma jurisprudencial* que lhes caracterizasse como precedente judicial hábil a vincular decisões posteriores. No máximo temos exemplos para engrossar o aspecto quantitativo.

4.3.2 Considerações acerca da norma extraída da Súmula

Conforme abordamos acima, a preocupação que tivemos em buscar os precedentes que – ao menos teoricamente – fundamentaram a instituição da Súmula n. 656 justifica-se pelo receio de que cometamos, nesse trabalho, o mesmo vício de interpretação e aplicação das

súmulas que frequentemente se vê na prática jurídica, qual seja o de desvincular a referida norma jurisprudencial dos fatos e fundamentos que lhe deram origem, impedindo assim o processo de individualização do direito, conforme mencionamos no capítulo anterior.

Afinal, conforme acertadamente discorre a professora Misabel Derzi:

Os parâmetros das súmulas, súmulas vinculantes, repercussão geral e jurisprudência dominante são admissíveis *apenas* para racionalização e uniformização, levando, ao contrário do que se imagina, ao exame minucioso do caso concreto e dos precedentes, para a manutenção do espírito da lei e da norma constitucional que os inspiraram.

O fenômeno da praticidade não pode, pois, contaminar a adoção do modelo da força dos precedentes. Caso contrário, os precedentes seriam convertidos em meros padrões *juris et de juri* para se reduzir o acesso ao Poder Judiciário e desafogar os tribunais por meio de recusa à investigação isolada do caso concreto, discrepante da média dos casos, que ensejaram a edição de determinada súmula. (DERZI *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 105).

Não obstante, nosso esforço em tentar buscar a *ratio* de cada um dos precedentes de fundamentação da referida súmula – já que, em regra, não é possível fazê-lo em relação às próprias súmulas¹³⁶ – foi de certa forma frustrado. É que, conforme vimos acima, das cinco decisões invocadas como precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, apenas duas delas (RE 153.771/MG e RE 234.105/SP) poderiam, pelo nosso entendimento, assumir efetivamente esse *status* de norma jurisprudencial¹³⁷.

Os outros três acórdãos (RE 227.033/SP, RE 252.368/SP e RE 252.044/SP), conforme verificamos, não demonstraram qualquer tipo de trabalho argumentativo dos julgadores a respeito das premissas teóricas abordadas pelas partes, não submeteram os chamados *factos materiais* à argumentação racional necessária, e não produziram uma conclusão decorrente desse trabalho argumentativo, mas tão somente referenciaram-se a decisões judiciais anteriores para justificar a decisão tomada. Ou seja, considerando as distinções conceituais

¹³⁶ Conforme já dissemos anteriormente, "A súmula enuncia, no direito brasileiro, exatamente aquilo que no direito inglês seria chamado de *obiter dictum*, que constitui um preceito geral encontrado na fundamentação de uma decisão, mas que carece da autoridade própria do precedente judicial. O precedente em sentido estrito, por sua vez, é uma fonte do direito de onde se depreendem apenas as *ratione decidendi* que puderem derivar de uma interpretação limitada ao debate do caso concreto, a qual não pode ir além das circunstâncias específicas que levaram à sua promulgação". (BUSTAMANTE, et. al. 2015, p. 13).

¹³⁷ E ainda assim com alguma ressalva, pois, conforme vimos acima, o RE 153.771/MG, que tratou da progressividade do IPTU, não trata exatamente dos mesmos *factos materiais* da súmula. Não estamos querendo dizer, com isso, que, para ser invocado como precedente, todos os fatos e elementos do caso paradigma devam ser idênticos aos do caso julgado, mas os fatos materiais quem compõem a *ratio decidendi* do paradigma sim. No caso em tela, não entendemos que o RE 153.771 tenha sido equivocadamente invocado, uma vez que, de fato houve, em alguns momentos, discussão genérica acerca da progressividade *fiscal* sobre *quaisquer* impostos reais, que pudesse ser aproveitada ao ITBI – embora as discussões travadas naquele paradigma se mantiveram muito atreladas às normas específicas do IPTU – arts. 156 e 182 da CF/88. De todo modo, deixamos registrada a ressalva, apenas a título de alerta, no sentido de que a vinculação da súmula os precedentes que lhe deram origem é sempre necessária.

feitas no segundo capítulo, entendemos que, embora sejam decisões judiciais dotadas de legitimidade, referidos acórdãos não são tecnicamente precedentes enquanto *normas jurisprudenciais*.

E o maior problema disso tudo é que, conforme sabido, para autorizar a instituição de uma Súmula que por vezes acaba por *criar* normas de caráter geral e abstrato, é *fundamental* que a matéria sumulada tenha sido amplamente debatida e que os fundamentos trazidos ao enunciado da referida súmula tenham sido argumentativamente construídos e consolidados naquele tribunal. (BUSTAMANTE, 2013).

Afinal, a ausência vinculação ao caso concreto (*Mootness Principle*) (BUSTAMANTE, 2012) dificulta sobremaneira a individualização do direito, hipóteses em que o ato de criação das súmulas se assemelharia – deturpadamente – ao papel político do poder legislativo, qual seja o de produzir normas em tese. (THEODORO JUNIOR; NUNES & BAHIA, 2010).

Nesse contexto, não temos condições de aferir, em termos quantitativos, quantas demandas acerca do tema da progressividade do ITBI, especificamente, foram submetidas ao juízo do STF de forma a justificar a instituição da referida Súmula¹³⁸. Por outro lado, se todas as ações acerca da matéria tiveram a mesma condução que o STF adotou nos casos citados como paradigmas da Súmula – especialmente os três últimos – ousaríamos dizer que, então, certamente não houve o prévio e exaustivo debate acerca da matéria, requisito fundamental para autorização de instituição de uma súmula, de enunciado geral e abstrato.

Nesse caso, entendemos que, uma única decisão judicial, cujos *atos materiais* e argumentos fossem argumentativa e racionalmente trabalhados, certamente traria mais coerência e segurança jurídica para o sistema que uma súmula fundamentada em *supostos* precedentes genéricos e vazios de argumentação.

No presente caso, nos pareceu claro que, conforme destaca Marciano Seabra de Godoi, “o decidido no RE 234.105 e a edição da Súmula 656 estão inexoravelmente determinados pela postura tomada no RE 153.771.” (2011, p. 114). Conforme destaca o autor, ao também analisar os referidos precedentes, “todos os votos que compuseram a corrente majoritária no RE 234.105 declararam expressamente que estavam decidindo pela inconstitucionalidade da progressividade do ITBI ‘pelos fundamentos deduzidos no RE 153.771’ (voto do Ministro Sydney Sanches, fl. 847)”. (GODOI, 2011, p. 114-115).

¹³⁸ Afinal, como o enunciado normativo da Súmula faz referência direta e específica à progressividade do ITBI (e não dos impostos reais, de forma geral), presumimos que as demandas que justificaram a criação da Súmula também o faziam.

Por fim, um questionamento que fica acerca da *ratio* extraída a partir da análise dos referidos precedentes, sobretudo dos RE's n 153.771 e 234.105 – já que os outros três não foram submetidos a qualquer debate argumentativo: a lei que estabelece alíquotas progressivas para o ITBI é inconstitucional porque se trata de um imposto de natureza real, ou porque não há previsão expressa na constituição que autorize referida progressividade?

Ou, em outras palavras, o fundamento no qual se apoia a referida vedação é a impossibilidade de se aplicar o princípio da capacidade contributiva aos impostos reais, ou a simples legalidade estrita?

Afinal, se confrontarmos as decisões de fundamentação as Súmula, sobretudo a do RE 234.105, é possível constatar que não se veda a aplicação da capacidade contributiva ao ITBI, apenas menciona que ela se resolveria nesse caso pela proporcionalidade e não pela progressividade. Ora, se o julgador entende possível aplicar a *proporcionalidade* ao ITBI, significa, *necessariamente*, que ele entende pela aplicação da capacidade contributiva a esses impostos, já que a proporcionalidade é, ao lado da progressividade, uma das técnicas em que se permite a aplicação da capacidade contributiva. (BERNARDES; MELO, 2009, p. 66).

Em artigo em que defendem a aplicação da capacidade contributiva ao ITBI, os professores Flávio Couto Bernardes e João Paulo Fanucchi de Almeida Melo, esclarecem:

O constituinte indicou a transmissão *intervivos* de bens e direitos relativos a bens imóveis como um dos fatos geradores de impostos arrolados no texto constitucional. Ao fazer alusão à transmissão de propriedade ou direitos de bem imóvel, constatou-se uma fonte de riqueza tributável, passível de receita. Obviamente, quanto mais alto for o valor da operação, a presunção de riqueza, ao menos relativa, aumentará. Portanto, com base nesse exemplo e sob o aspecto da capacidade contributiva objetiva, não se pode negar a possibilidade de ocorrer uma tributação maior, seja pela proporcionalidade, seja pela progressividade. O inverso também deverá ser observado, isto é, quanto mais baixo for o valor da operação, menor deverá ser a tributação. Inclusive, a propósito, nesse sentido o enunciado normativo contido no art. 39 do CTN nada mais o é que a concretização do texto abstrato, mas vinculante, existente no parágrafo 1º do art. 145 da Constituição. (BERNARDES; MELO, 2009, p. 67).

O jurista prático Clayton Rafael Batista, ao analisar especificamente o referido julgamento do RE 234.105/SP, comenta que, embora tenha permanecido a visão de que “a *progressividade* de alíquotas não se compatibiliza com os impostos reais”, entende ter sido consolidado no referido *leading case* o entendimento de que, “no caso do ITBI se realiza o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda” (BATISTA, 2006, p. 45), reforçando o que vínhamos suscitando até então.

Por fim, confrontando a evolução jurisprudencial estudada até agora, podemos concluir que tal cenário produzido pelo julgamento do RE 234.105 e pela edição da Súmula 656 apenas reforça a conclusão a que chegamos no *leading case* 153.771, de que a principal *norma adscrita* decorrente daquele julgamento não é, e nem poderia ser, a impossibilidade de se aplicar a capacidade contributiva aos impostos reais, interpretação extraída por uma análise mais superficial daquele caso.

Mas, se considerarmos os *factos materiais* e o processo argumentativo desenvolvido naquele julgado sob a perspectiva da doutrina do *stare decisis* que adotamos, é possível destacar que a *ratio* verdadeiramente vinculante no RE 153.771, ou seja, aquela sem a qual o resultado da decisão não teria sido o mesmo (BUSTAMANTE, 2012), não foi o fato de se tratar de um imposto real, mas o fato de haver uma norma constitucional expressa que previa uma outra modalidade de progressividade para o IPTU, e que levou o julgador a interpretar que aquela seria a única modalidade possível para aquele imposto.

Por esse motivo é que, mesmo tentando acompanhar a suposta *norma adscrita* de que seria impossível aplicar a progressividade fundamentada na capacidade econômica aos impostos reais, as decisões posteriores se contradizem ao admitir para esses impostos o critério da proporcionalidade, fundamentado na *mesma* capacidade econômica.

4.4. O diálogo institucional: a Emenda Constitucional n. 29/2000 e as consequências de sua aprovação no entendimento do STF

Conforme vimos, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 153.771/MG, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em controle difuso, pela inconstitucionalidade de uma norma do município de Belo Horizonte que estabelecia alíquotas progressivas para o IPTU naquele município, sob o fundamento de que, por se tratar de um imposto de natureza real, o IPTU não poderia ser graduado segundo a capacidade econômica dos contribuintes, uma vez que a Constituição Federal somente permitia para aquele tributo a progressividade de natureza *extrafiscal* fundamentada na função social da propriedade, a qual expressamente prevista pelos arts. 156, § 1º e 182, §§ 2º e 4º, do texto constitucional.

Referida decisão, proferida pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal, tornou-se um paradigma para as discussões acerca de progressividade *fiscal* dos impostos reais e, figurando-se como um verdadeiro precedente judicial, passou a vincular diversas decisões posteriores acerca da matéria, como pudemos ver nos casos destacados acima.

Não obstante, menos de quatro anos após a construção do referido precedente, o Congresso Nacional, em uma provável reação à interpretação feita pela corte constitucional, promulgou a Emenda Constitucional n. 29/2000 que, alterando *justamente* o tão debatido texto do art. 156 da CR, passou a autorizar, de forma expressa, a possibilidade de se aplicar a progressividade ao IPTU em razão tanto do valor quanto da localização e uso do imóvel, conforme texto alterado abaixo transcrito:

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). (BRASIL, 1988).

Antes de adentrarmos o mérito, cumpre-nos destacar que enxergamos essa reação do parlamento – enquanto poder constituinte derivado – à interpretação feita pelo STF com bons olhos, e não como um suposto desrespeito à interpretação do guardião da constituição – mesmo porque, conforme entendimento com o qual concordamos, não há, em um sistema jurídico maduro, um detentor da última palavra¹³⁹.

A essa interação entre os poderes, a doutrina costuma atribuir o nome de *diálogo interinstitucional*, e implica, segundo defende o professor Conrado Hübner Mendes, em uma rejeição ao "senso comum sobre a supremacia judicial, que não interpreta os atos legislativos como interpretações constitucionais genuínas, em relação às quais a corte poderia reagir desde que tenha boas razões para tanto". (MENDES, 2011, p. 350).

Conforme esclarece o jurista e cientista político, o referido diálogo interinstitucional comporta em um dos ônus aos quais deve se submeter uma corte constitucional para potencializar a qualidade de seu desempenho deliberativo. Assim, após produzir uma decisão previamente submetida a uma argumentação racional (que chama de "transparência e sinceridade argumentativas") e que possua também "densidade e consistência jurisprudencial" no sentido de respeito aos precedentes e à sua história institucional, a corte constitucional deverá permitir uma abertura para uma "deliberação" interinstitucional na qual os outros

¹³⁹ Nesse sentido, esclarece o Professor Conrado Hübner Mendes, a "última palavra, inevitavelmente, é provisória. Pode parecer uma conclusão contraintuitiva. Essa interação infinita, no entanto, é produto necessário da separação de poderes. Trata-se de uma percepção da política e da legitimidade democrática na perspectiva de longo prazo, que relativiza as conclusões produzidas pela obsessão em saber, numa perspectiva de curto prazo, quem tem a última palavra". (MENDES, 2011, p. 351).

poderes – sobretudo o parlamento – também participem da interpretação constitucional¹⁴⁰ (MENDES, 2011, p. 348-355). Nesse sentido, o professor Conrado esclarece:

Apega-se à imposição de uma última palavra, como se a corte fosse o intérprete exclusivo e monopolista da constituição. Não percebe que, independentemente de suas decisões, respostas legislativas serão sempre possíveis. Num contexto de interação contínua, é mais produtivo considerar o parlamento como participante de uma deliberação interinstitucional, como um agente persuadido mas que também pode persuadir legitimamente. Refiro-me aqui à construção de um modelo de separação de poderes e, mais especificamente, de relação entre parlamento e corte constitucional que não seja somente adversarial (um braço de ferro institucional), mas também deliberativo (em que nenhum se exime de desafiar o outro, desde que o escute e apresente novas razões). (MENDES, 2011, p. 350).

Feito esse adendo, retornamos, pois, ao tema central: após a decisão do STF, que entendeu pela inconstitucionalidade da progressividade *fiscal* do IPTU, o Congresso Nacional, em seu papel de poder constituinte derivado, realizando aquilo que chamamos de *diálogo institucional*, promulgou a Emenda Constitucional n. 29/2000.

Conforme se verifica pelo texto da referida emenda, as alterações feitas no texto constitucional, mais especificamente no § 1º do artigo 156, representam justamente as mesmas modalidades de progressividade outrora instituídas pela Lei n. 5.641/89 do Município de Belo Horizonte, e que vieram a ser declaradas inconstitucionais pelo STF por meio do RE n. 153.771/MG, o qual se tornou paradigma acerca da matéria.

Isso significa que, do ponto de vista técnico, a progressividade *fiscal* para o IPTU, quando fundamentada no valor venal do imóvel ou em razão do uso e destinação da propriedade, passou a ser reconhecidamente constitucional.

Referida alteração normativa, no entanto, se por um lado resolveu o problema específico da progressividade *fiscal* (graduada em função da capacidade contributiva) para o IPTU, por outro lado desencadeou uma série de questionamentos doutrinários.

Ricardo Lobo Torres foi um dos juristas que capitaneou a defesa pela inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional nº 29/2000. Segundo argumenta, referida emenda seria inconstitucional por violar cláusula pétrea encartada no princípio da igualdade/isonomia, pois implicaria em discriminação entre os cidadãos, bem como violar o

¹⁴⁰ Conrado ainda pontua outros elementos importantes para a qualidade da deliberação constitucional, quais sejam o "controle social" e a observância da jurisprudência internacional, que chama de "comunidade global de cortes". Para uma melhor compreensão da temática, sugerimos a leitura: MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Editora Saraiva, 2011; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Orgs.). Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361; MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Orgs.). Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 53-74.

próprio princípio da capacidade contributiva, sob o argumento de que “nada assegura ser o proprietário de um imóvel de valor elevado mais rico que o proprietário de inúmeros bens de valores individualmente menores.” (TORRES *apud* GODOI, 2011, p. 106).

Corroborando com o mesmo entendimento, Ives Gandra da Silva Martins e Aires Barreto também advogam pela inconstitucionalidade da EC 29 e complementam que, além de ferir os princípios da igualdade e da isonomia (entendidos como cláusulas pétreas), “a indigitada Emenda tripudia sobre o sentido, conteúdo e alcance que a *Excelsa Corte* deu ao princípio da capacidade contributiva.” (2002, p. 90). Ou seja, para os referidos autores, a EC 29 seria inconstitucional não somente por violar cláusula pétrea, mas também por supostamente contrariar entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal posicionamento configura-se, a nosso ver, retórico na argumentação e equivocado na premissa. Afinal, cumpre-nos destacar já de início, nem mesmo naqueles sistemas jurídicos tradicionais e exemplares em respeito aos precedentes judiciais, se encontra algum tipo prevalência das *normas jurisprudenciais* sobre as *normas constitucionais*. De todo modo, ainda que se entendesse possível, o fato é que, se retomarmos à especificidade do julgamento do RE 153.771, veremos que a EC 29/2009 não somente não viola, como reforça o entendimento firmado naquele *leading case*, na medida em que apresenta, expressamente, uma modalidade específica de progressividade para um imposto dito como real. Afinal, se o entendimento firmado naquele caso foi o de que só é possível aplicar a progressividade aos impostos reais quando expressamente previsto na Constituição, então a EC 29/2000 veio para dialogar com esse entendimento, criando mais uma hipótese específica de progressividade, e de forma expressa no texto constitucional.

Em relação aos argumentos de mérito apresentados por Ricardo Lobo Torres, sobretudo no que toca à suposta violação aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, Marciano Seabra de Godoi responde que de fato parece haver alguma injustiça em graduar as alíquotas do IPTU em razão do valor individual de cada imóvel e não o fazê-lo em relação ao conjunto de bens/imóveis daquele contribuinte, mas isso decorre do próprio *fato gerador* do imposto (IPTU), que é a propriedade de um imóvel individualmente considerado, e não a totalidade de bens (2011, p. 107).

Nesse contexto, Godoi ressalva que, “mesmo sem qualquer alíquota progressiva, a exigência do IPTU sempre se baseará em presunções absolutas de capacidade econômica”, o que pode vir, eventualmente, a gerar injustiças se considerarmos características individuais do

contribuinte¹⁴¹, mas que poderia ser resolvido sob a perspectiva do próprio bem tributado, conforme esclarece:

Voltando ao argumento de Ricardo Lobo Torres, pessoalmente consideramos que, para corrigir a injustiça denunciada pelo autor, poder-se-ia estabelecer legislativamente que a progressão de alíquotas seria aplicada levando em conta não o valor de cada um dos imóveis, mas o valor global de todos os imóveis de propriedade de um contribuinte no território de um mesmo município. Consideramos que tal solução não desnaturaria o imposto e seria válida perante a Constituição, pois se trata de certa personalização passível de ser realizada sem extravasar o campo restrito do fato gerador (e da capacidade econômica dele pressuposta) do imposto real - o IPTU - previsto na Constituição. (GODOI, 2011, p. 107).

Não obstante a proposta apresentada, Marciano Seabra de Godoi adverte poder eventualmente encontrar óbices na própria jurisprudência do STF, como por exemplo na Súmula n. 589¹⁴², editada ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, que previu a inconstitucionalidade da fixação alíquotas progressivas do IPTU em função do número de imóveis do contribuinte, sob o fundamento de desnaturação das características intrínsecas do imposto. (GODOI, 2011, p. 107).

Nesse caso, considerando a doutrina do *stare decisis* estudada nesse trabalho, entendemos não haver impedimentos absolutos para a implementação da solução proposta pelo professor Marciano Seabra de Godoi, sobretudo se a autorização normativa para referidas alíquotas progressivas em razão do número de imóveis advier de norma constitucional. No entanto, se as referidas alterações legislativas forem introduzidas em normas infraconstitucionais, certamente será necessário desenvolver um grande esforço argumentativo junto aos órgãos jurisdicionais para *superar* os precedentes de fundamentação *da referida súmula*, pois possivelmente as eventuais alterações legislativas seriam submetidas à apreciação do poder judiciário, que provavelmente se sentiria vinculado aos seus próprios precedentes¹⁴³.

¹⁴¹ Godoi cita, como exemplo, uma situação em que os proprietários de apartamentos idênticos situados no mesmo prédio, mas com situações econômicas absolutamente distintas (um desempregado, pai de muitos filhos e sem qualquer outro bem imóvel além do referido apartamento, e o outro solteiro, com altos rendimentos e um vasto patrimônio), serão obrigados a pagar exatamente o mesmo imposto incidente sobre aquele imóvel, já que seria vedado ao legislador trazer à *estrutura normativa* do imposto incidente sobre o patrimônio elementos de personalidade referentes ao contribuinte, embora possa fazê-lo em relação ao bem tributado. (2011, p. 107).

¹⁴² "É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte". (STF, Súmula 589, 1977).

¹⁴³ Nesse contexto, é importante considerar que o Novo Código de Processo Civil, recém-aprovado em nosso ordenamento, trouxe inovações que viabilizariam referida mudança de entendimento, mesmo que fosse necessário enfrentar jurisprudência firmada em Súmula, vez que retirou alguns óbices decorrentes das normas processuais anteriores, tais como o art. 518, § 1º do CPC/73, que *equivocadamente* impedia a subida de recursos que contestassem entendimento firmado em súmulas, conforme estacamos no capítulo anterior.

Retomando a discussão central acerca da EC 29/2000, ressaltamos que, embora ainda haja discussões quanto à sua constitucionalidade – conforme veremos melhor a seguir – o fato é que, a partir daquele ano de 2000, já não era mais vedado ao legislador municipal instituir alíquotas progressivas para o IPTU, fundamentadas na capacidade contributiva, ainda que se trate o IPTU de um imposto classificado como real.

Nesse contexto, as perguntas que cabem neste momento é: como fica o entendimento acerca da progressividade dos demais impostos reais? Se a Constituição passou a permitir, agora de forma expressa, a aplicação da progressividade *fiscal* para o IPTU, significa então que todos os impostos reais podem ter alíquotas progressivas? Ou, ao contrário, significa que a Carta Constitucional concedeu uma exceção apenas ao IPTU, único imposto real que poderia ter alíquotas progressivas com fundamento na capacidade contributiva?

Para a resposta desses questionamentos, é necessário analisar toda a história institucional anterior e a construção jurisprudencial ocorrida após esse novo fato ensejador de novos capítulos do *romance em cadeia*, conforme analisaremos a seguir.

4.4.1. Súmula 668 do STF - Progressividade do IPTU

Uma das primeiras reações a essa alteração do texto constitucional foi evidenciada, naturalmente, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto de *diálogo interinstitucional*, a corte suprema foi logo invocada pelos jurisdicionados a se manifestar acerca da matéria e acerca do entendimento que deveria prevalecer após a Edição da Emenda Constitucional 29/2000 e, então, em meados de 2003, aprovou a Súmula n. 668, cujo enunciado previu:

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. (BRASIL, 2003).

Pelo teor exclusivo do referido enunciado, a interpretação que se faz *prima facie* é a de que, para o STF, a aplicação da progressividade *fiscal* ao IPTU deixou de ser inconstitucional não por questões de mérito do instituto – tais como os princípios da capacidade contributiva ou isonomia –, mas porque agora haveria previsão expressa no texto constitucional a autorizando.

Assim, respondendo à pergunta feita no tópico anterior, o que nos parece em um primeiro momento é que, pelo entendimento do STF, após a EC 29/2000 a progressividade

fiscal teria deixado de ser inconstitucional apenas para o IPTU, mas continuaria sendo vedada para os demais impostos de natureza real.

Não obstante, considerando que, como já dissemos no item 4.3 acima, a aplicação das súmulas não pode ser absolutamente desvinculada das razões que lhe deram origem¹⁴⁴, buscamos, então, analisar os onze acórdãos invocados pelo STF como precedentes de fundamentação da Súmula n. 668, para compreender de que forma se construiu o entendimento da corte após a promulgação da EC 29/2000 e quais as razões que efetivamente motivaram a promulgação da referida emenda.

4.4.1.1 Precedentes de fundamentação da súmula

Embora o propósito de analisar os referidos acórdãos fosse compreender qual foi a interpretação do STF acerca da progressividade fiscal em relação aos *demais* impostos reais após a promulgação da EC 29/2000 – uma vez que o entendimento acerca da progressividade em relação especificamente ao IPTU e *antes* da referida emenda constitucional já estava mais que consolidado, conforme vimos pelo RE 153.771/MG – nosso objetivo foi sumariamente frustrado logo que levantamos o inteiro teor dos referidos acórdãos.

É que, além de não ter sido disponibilizado o acesso público ao debate da sessão de instituição da Súmula, como ocorreu também no caso da Súmula 656 analisada acima, *todos* os acórdãos invocados como precedentes da referida Súmula 668 pelo STF – quais sejam: RE 153.771/MG; RE 167.654/MG; RE 198.506/SP; RE 194.183/SP; RE 199.969; RE 179.273/RS; RE 199.281; RE 232.063/SP; RE 175.535/RS; RE 210.586/SP; e RE 228.735/SP – foram julgados entre os anos de 1996 e 1999. Ou seja, todos os referidos paradigmas foram apreciados antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2000 que alterou o texto do art. 156, § 1º, da Constituição Federal e, portanto, não permitem identificar o entendimento do tribunal após a edição da EC 29 e sobre referida Emenda.

Inclusive, cumpre-nos destacar, o primeiro dos acórdãos citados como precedente de fundamentação da súmula n. 668 foi o mesmo Recurso Extraordinário n. 153.771/MG, já exaustivamente abordado acima, o qual se tornou um paradigma frequentemente invocado em discussões acerca da matéria.

¹⁴⁴ Segundo ressalta Bustamante, "é simplesmente impossível, portanto, a aplicação de qualquer súmula ou, mais genericamente, de qualquer regra ou princípio jurídico, sem atenção detalhada de todas as circunstâncias específicas de cada caso concreto, com vistas a realizar o ajustamento da norma à realidade, por meio da individualização do direito". (2013, p. 105).

Um exemplo disso é que *todos* os outros dez acórdãos mencionados pelo STF como precedentes de fundamentação da Súmula 686 fizeram referência direta ao mencionado RE 153.771/MG em suas decisões, na maioria das vezes limitando-se a, em um raciocínio meramente subsuntivo – tal como demonstramos no item 2.4 acima –, reportar ou transcrever os argumentos esposados naquele precedente – seja pra votar pela inconstitucionalidade, seja pra divergir, como no caso do Ministro Carlos Velloso, que foi voto vencido no RE 153.771/MG.

Inclusive, um fato que merece destaque é que, em todos aqueles casos em que participou do julgamento *em composição plenária* – quais sejam os RE's n. 198.506/SP, 194.183/SP, 199.969/SP, 179.273/RS, 199.281/SP, 228.735/SP e 210.586/SP – o ministro Carlos Velloso apresentou voto divergente e, invocando o entendimento esposado no referido *leading case* (RE 153.771/MG), opinou pela progressividade do IPTU, fundamentado no princípio da capacidade contributiva, por entender que a *política fiscal* de redistribuição de riquezas também seria uma hipótese de cumprimento da função social da propriedade. (*Recurso Extraordinário n. 153.771/MG*, 1996, p. 502-525).

Não obstante, ao votar a mesma matéria pela Segunda Turma nos autos do RE 167.654/MG, o Ministro Carlos Velloso *não* apresentou qualquer divergência, e acompanhou o voto do relator Maurício Corrêa que, também invocando a decisão proferida no paradigma RE 153.771/MG, declarou a inconstitucionalidade da progressividade *fiscal* instituída pelo Município de Belo Horizonte sob o fundamento de que "a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível para o fim extrafiscal de cumprir a função social da propriedade, obedecidos os requisitos da Constituição Federal (art. 182 §§2º e 4º)". (*Recurso Extraordinário n. 167.654/MG*, 1997, p. 667).

Instigados por essa conduta à primeira vista contraditória do Ministro Carlos Velloso, buscamos localizar outros casos que tratavam da mesma matéria em que tenha participado do julgamento e identificamos que o referido magistrado repete o padrão de sempre apresentar voto divergente quando se trata de julgamento submetido à composição Plenária do tribunal, mas sempre acompanhar o precedente do STF (enquanto instituição) formulado no RE 153.771/MG quando se trata de julgamento pela Turma que compõe, conforme o próprio Ministro esclarece em um dos votos:

Sr. Presidente, no julgamento do RE n. 153.771, de Minas Gerais, fiquei vencido, porque entendo constitucionais as alíquotas progressivas. (...) Não estou convencido do desacerto do entendimento que sustentei. *Quando julgo na Turma, não deixo de*

seguir a jurisprudência do Plenário. Aqui, entretanto, Sr. Presidente, se não estou convencido do desacerto do entendimento que sustentei, não posso deixar de reiterá-lo. Com a licença do Sr. Ministro Relator, reportando-me ao voto que proferi nos citados RREE 153.771-MG e 205.464-SP. (*Recurso Extraordinário n. 194.183/MG*, 1997, p. 1195, grifo nosso).

Conforme podemos depreender dos fatos, sempre que vota em julgamentos da Turma – que, na estrutura organizacional do Supremo Tribunal Federal, ocupa posição hierarquicamente inferior ao Plenário – o Ministro Carlos Velloso acompanha o entendimento do Pleno, ainda que seja contrário ao seu entendimento individual, demonstrando situação de respeito ao que chamamos de *precedente vertical*. (BUSTAMANTE, 2012).

Por outro lado, nas situações em que vota pela composição plenária da Corte, o Ministro Carlos Velloso acompanha voto que proferiu anteriormente na mesma posição hierárquica, demonstrando assim um respeito ao que chamamos de *autoprecedente*. (GASCÓN ABELLÁN *apud* BUSTAMANTE, 2012).

Isso significa que, embora a conduta do Ministro Carlos Velloso nos tivesse aparentado, em um primeiro momento, aparentemente contraditória, verificamos que, ao contrário, o magistrado demonstrou nesses casos uma grande coerência e respeito à doutrina dos precedentes judiciais em consonância com o que defendemos aqui neste trabalho.

De todo modo, o fato de todos os dez acórdãos invocados como fundamentos de instituição da Súmula n. 668 terem se reportado ao julgamento "paradigma" do RE 153.771 evidencia que o referido *leading case* de fato tornou-se, para aqueles julgadores, um precedente dotado de vinculatividade no sentido forte¹⁴⁵. (BUSTAMANTE, 2012).

4.4.1.2 Considerações acerca da norma extraída da referida súmula

Quanto aos objetivos iniciais deste tópico, quais sejam, identificar as razões que justificaram a instituição da Súmula n. 668 e tentar compreender o entendimento do STF acerca da progressividade para os *outros* impostos reais *após* a edição da EC 29/2000, permaneceram, ambos, frustrados.

¹⁴⁵ Destacamos aqui que, embora tenhamos algumas ressalvas, já destacadas no item 5.1 acima, quanto à deliberação e ao trabalho argumentativo desenvolvido pelo STF no momento de construção do referido precedente n. RE 153.771/MG, o fato é que, como se tratou de decisão proferida pela composição plenária da Corte Suprema em um momento em que a matéria estava sendo frequentemente discutida nos tribunais infraconstitucionais, e pouco após a promulgação da Constituição de 1988, aquele entendimento passou a ser visto como paradigma de força vinculante em sentido *forte* - ainda que, naquela oportunidade, levando em consideração mais pelo *argumento de autoridade*.

Em relação à referida súmula, entendemos que não houve, no presente caso, qualquer razão que justificasse sua instituição, porquanto absolutamente infrutífera. Afinal, se o entendimento do STF acerca da progressividade do IPTU, *antes* da referida Emenda Constitucional, já era inquestionavelmente consolidado e difundido, conforme reiteradas decisões analisadas acima; *após* a edição da EC 29/2000 é que, naturalmente, a discussão acerca da progressividade do IPTU referente a período anterior à emenda já não tinha mais espaço mesmo. Isso se comprova pelo simples fato de o STF invocar como supostos *precedentes de fundamentação* da referida Súmula n. 668 acórdãos publicados muitos anos antes da própria alteração legislativa a que se refere, e nenhum acórdão proferido após a referida Emenda Constitucional.

Ao que nos parece, o objetivo do Supremo Tribunal Federal foi apenas de, naquele contexto de *diálogo interinstitucional* que tratamos acima, *responder* ao parlamento que, embora respeite a alteração do texto constitucional, não irá revisitar/não revisitou seu entendimento anterior acerca da progressividade de impostos reais.

Tal situação, no entanto, pode vir a ser problemática e delicada para um sistema jurídico que, como nosso, ainda esteja encaminhando para um amadurecimento em relação à doutrina dos precedentes. É que, conforme vimos, as súmulas podem, devido ao seu elevado grau de generalidade, desencadear delicados problemas de interpretação e aplicação quando feitas de forma mecânica e não discursiva, uma vez que os enunciados sumulares "somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados os formaram". (NUNES; BAHIA, 2013, p. 120).

Nesse contexto, uma súmula meramente *retórica* como esta nos parece ser, pode, ao invés de auxiliar a efetividade do sistema, vir a desencadear interpretações ou presunções equivocadas tais como a que elaboramos propositalmente no início desse tópico: se o STF fez questão de reforçar, após a edição da EC 29/2000, que ainda entende por inconstitucionais as normas que instituíram a progressividade *fiscal* do IPTU antes da referida emenda, isso significa *necessariamente* que o STF continua entendendo que não cabe progressividade *fiscal* para os impostos reais?

A resposta é: não necessariamente. Embora nos pareça que, naquele momento de edição da referida Súmula n. 668, esse ainda era o entendimento da corte constitucional, o fato é que essa conclusão não pode – e não deve – ser extraída da mencionada Súmula, porquanto absolutamente desvinculada dos precedentes de fundamentação da sua instituição.

Portanto, a única conclusão a que se pode chegar é que a instituição da Súmula n. 668 não modificou absolutamente nada em relação à compreensão que se tinha sobre a matéria até

aquele momento, e se prestou apenas como um *signalizador* de que a Corte constitucional não iria revisitar seu entendimento, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2000.

4.4.2. ADI 2732/2002

Além do *diálogo* entre as instituições dos poderes legislativo e judiciário que demonstramos acima, nota-se que a sociedade também reagiu às alterações introduzidas no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 29/2000.

Em meados de 2002, a Confederação Nacional do Comércio, com fundamento no art. 103, IX da Constituição Federal¹⁴⁶, propôs junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que, em face do art. 3º da referida Emenda Constitucional n. 29/2000, questiona justamente a alteração do texto do art. 156, §1º, da Constituição, que passou a autorizar a instituição de alíquotas progressivas para o IPTU em razão do valor venal ou localização e uso do imóvel.

Referida ADI, distribuída no STF sob o número 2.732/2002, teve como principal fundamento o de que, ao introduzir a mencionada alteração no texto constitucional, a Emenda 29/2000 teria modificado direito e garantia individuais previstos pela Constituição Federal e, portanto, tidos como *cláusulas pétreas* inalteráveis por proposta de emenda, nos termos do artigo n. 60, §4º, IV, da Constituição da República.

Entre os referidos direitos e garantias individuais supostamente violados pela Emenda Constitucional questionada, a requerente enumera (i) o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição, (ii) a propriedade privada, prevista enquanto direito individual, pelo art. 5º, XXII, e enquanto princípio geral da ordem econômica previsto pelo art. 170, II; (iii) a vedação ao confisco prevista pelo art. 150, IV, da Constituição Federal; (iv) e o princípio da capacidade contributiva, previsto pelo art. 145, §1º, da Carta constitucional.

Quanto a esse último fundamento – o princípio da capacidade contributiva –, a Confederação requerente sustenta seus argumentos nos próprios precedentes construídos pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo no já mencionado Recurso Especial nº 153.771/MG, nos termos do qual teria ficado consolidado o entendimento de que os impostos reais, como é o caso do IPTU, não poderiam ser graduados segundo a capacidade econômica, já que se trata de critério dotado de pessoalidade. (*Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.732, 2002*).

¹⁴⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Até pouquíssimo tempo, referida ADI, ajuizada em meados de 2002, ainda não havia sido julgada; mas, recentemente, em sessão realizada no último dia 07 de outubro de 2015, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, à unanimidade, pela improcedência dos pedidos formulados pelos autores reconhecendo, portanto, a *constitucionalidade* das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 29/2000.

Não obstante, até a data de depósito do presente trabalho (27 de novembro de 2015), ainda não havia sido publicado acórdão da referida decisão, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, motivo pelo qual, infelizmente, não foi possível analisar os argumentos utilizados pelos julgadores em sua decisão.

De todo modo, enquanto a referida ADI n. 2.732/2002 ainda tramitava, pendente de julgamento, o Supremo Tribunal Federal chegou a julgar, em dezembro de 2010, um Recurso Extraordinário (RE 423.768/SP) interposto em face de decisão, proferida pelo extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que havia declarado, em controle *difuso*, a inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional n. 29/2000, já sinalizando como viria a julgar a presente ADI n. 2732, conforme demonstrado a seguir.

4.4.3. RE 423.768/SP

Ainda como consequência das alterações do texto constitucional sofridas pela edição da Emenda Constitucional n. 29/2000, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 423.768/SP ganha especial relevância para este trabalho porque marca um início de *virada jurisprudencial*, em que o Supremo Tribunal Federal começa a sinalizar uma mudança do entendimento construído acerca da aplicação da progressividade *fiscal*, com fundamento na capacidade contributiva, aos impostos classificados como reais.

Analisaremos nesse tópico, sob a perspectiva da doutrina do *stare decisis* que adotamos, se a referida decisão representou, no contexto da evolução jurisprudencial da matéria em discussão, um precedente de superação do entendimento anterior (*overruling*); ou apenas uma hipótese de *distinguishing*, na qual os julgadores, ao decidirem, realizaram a distinção deste caso em relação aos precedentes já construídos acerca do tema para não aplicá-los. (BUSTAMANTE, 2012; DUXBURY, 2008).

4.4.3.1 Fatos materiais

Pelo que pudemos depreender do relatório analisado, tratou-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por contribuinte que entendeu por inconstitucional a Lei n. 13.250/2001 do Município de São Paulo que, observando alteração do texto constitucional pela mencionada EC n. 29/2000, instituiu alíquotas progressivas para o IPTU naquele Município. Em seus fundamentos, o contribuinte alegou a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional n. 29/2000, sob os argumentos (i) de que sua instituição violou cláusula pétrea, nos termos do art. 60 §4º, IV, da CR, (ii) de que o imposto progressivo tem caráter confiscatório e, por fim, (iii) de que o valor venal do imóvel não seria suficiente para presumir-se a capacidade contributiva do proprietário. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, pp. 287-289).

Acolhendo a referida tese, o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo declarou a inconstitucionalidade não somente da lei paulistana, mas da própria Emenda Constitucional n. 29/2000, sob o fundamento de ter ocorrido *alteração de cláusula pétrea*.

Nesse contexto é que o Município de São Paulo interpôs o Recurso Extraordinário julgado pelo STF, cujos argumentos principais foram (i) não teria havido qualquer violação a direitos e garantias individuais, uma vez que não há qualquer norma que garante o "direito de só ser tributado progressivamente no caso de impostos pessoais"; (ii) que a instituição de alíquotas progressivas deu-se em respeito aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, "indispensáveis na elaboração e na aplicação de normas de direito tributário"; (iii) que, quando inserida no contexto de justiça distributiva, a norma da progressividade assume também uma natureza extrafiscal na instituição de políticas tributárias; (iv) que a Emenda Constitucional n. 29/2000 apenas explicitou regras que já estavam expressas na Constituição, tais como isonomia, moralidade, capacidade contributiva, dentre outros. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, pp. 280-285).

Destacamos aqui que, além desses fundamentos de mérito, o Município de São Paulo ainda buscou enfrentar em seus argumentos as *normas jurisprudenciais* produzidas pelo STF acerca da progressividade do IPTU à luz da antiga redação do art. 156, §1º, em especial o referido precedente construído pelo RE 153.771/MG. Nas razões em que contestou o precedente da corte, argumentou que um tributo com "caráter pessoal não é sinônimo de tributo pessoal" e que, portanto, não haveria vedação de progressividade fiscal ao IPTU e, argumentou ainda que, também pela perspectiva da progressividade extrafiscal, as normas estariam atendidas, pois as políticas de justiça fiscal compreendem a função social da propriedade. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 288).

Por fim, para complementar os argumentos submetidos a juízo, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer em que acolhe as teses do Fisco Municipal e, assim, opina pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei paulista e da EC n. 29/2000.

Na posse desses *factos materiais*, que nutriram os julgadores dos elementos necessários para desenvolver uma argumentação racional acerca da discussão, partimos para a análise do processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de seus próprios precedentes.

4.4.3.2 Processo argumentativo e aplicação/superação dos precedentes anteriores

4.4.3.2.1 Voto do Ministro Marco Aurélio

Ao iniciar sua argumentação, o Relator Ministro Marco Aurélio invoca um histórico de precedentes produzidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, de forma a demonstrar a *história institucional* da corte em relação à progressividade dos impostos reais - ou, mais especificamente, do Imposto Predial e Territorial Urbano.

Nota-se, pelos precedentes citados pelo magistrado, que a corte constitucional não parece ter mantido uma estabilidade de posicionamento a médio/longo prazo¹⁴⁷, mas que, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 69.784, em 1975, teria vindo construindo um entendimento no sentido de que não seria possível aplicar progressividade aos impostos classificados como reais, até culminar no precedente paradigma do entendimento atual (naquela oportunidade), qual fosse o já mencionado RE 153.771/MG. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 290).

Nesse contexto, o Ministro Relator apresenta, de forma mais geral e resumida, as conclusões tomadas por aquele precedente (RE 153.771) - de que "nem mesmo o valor venal dos imóveis poderia ser tomado em consideração pelo legislador municipal para introduzir a

¹⁴⁷ Conforme precedentes citados pelo Ministro Marco Aurélio (i) em meados de 1966, o STF teria demonstrado entendimento pela possibilidade de instituir-se alíquotas progressivas para o IPTU em razão da capacidade contributiva, nos termos da decisão proferida no RMS n. 16.798/SP; (ii) já em 1975, o STF já demonstraria uma mudança de entendimento, conforme decisão proferida no RE 69.784/SP; (iii) e em 1996, já na égide da Constituição da República de 1988, teria firmado entendimento pela impossibilidade de aplicar-se a progressividade para os impostos reais, nos termos do *leading case* RE 153.771/MG (Recurso Extraordinário n. 423.768/SP, 2010, p. 290). Ao analisar a temática, Marciano Seabra de Godoi também faz um levantamento semelhante em sua obra "Crítica à Jurisprudência Atual do STF em Matéria Tributária", oportunidade em que critica as referidas mudanças de entendimento do STF acerca da matéria, e pontua as eventuais consequências práticas das referidas mudanças. (2011, p. 105-106).

progressividade", tendo em vista a premissa adotada de que "o princípio da capacidade contributiva não guarda sintonia com impostos enquadráveis como reais" - e, em seguida, menciona, também de forma geral, os principais argumentos apresentados pelo Ministro Carlos Velloso, que apresentou voto divergente naquele *leading case*, e pelo Ministro Sepúlveda Pertence que, embora tenha votado juntamente com a maioria naquela oportunidade, fez uma ressalva de entendimento de que a propriedade imobiliária permitiria a graduação pela capacidade contributiva, mas apenas não o permitiu, no caso, em razão "das balizas constitucionais em vigor" previstas nos arts. 156, §1º e 182, §2º e §4º. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 291).

Apresentados esses elementos, o Ministro Marco Aurélio parte, então, para o desenvolvimento de sua argumentação acerca do tema¹⁴⁸.

Em princípio já informa o Ministro que, embora não tenha participado do julgamento do referido *leading case*, já havia se posicionado antes mesmo da EC 29/2000, no julgamento do RE n. 234.105, oportunidade em que manifestou expressamente que não enxergava qualquer limitação ou distinção ao alcance do princípio da capacidade contributiva, que visa à justiça tributária, a *todos* os impostos. Segundo defende o Ministro Marco Aurélio, "a tradicional dicotomia entre tributo pessoal e real cede ao texto da Carta da República", que "homenageia a individualização" e determina que se atente à capacidade econômica do contribuinte buscando-se, com a disciplina da progressividade, "alcançar o objetivo da República, a existência de uma sociedade livre, justa e solidária." (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 292).

Após essas considerações "introdutórias"¹⁴⁹ sobre como compreende a aplicação do princípio da capacidade contributiva para os impostos reais, o Ministro Marco Aurélio parte, então, para a análise dos fundamentos do acórdão recorrido que, escorado no precedente formado pelo RE 153.771, declarou a inconstitucionalidade da EC n. 29/2000, sob o argumento de que referida norma teria ofendido o princípio da capacidade contributiva - conforme concepção formulada pelo STF naquele precedente - e, portanto, violado cláusula pétrea.

Isso significa que, para enfrentar os argumentos apresentados pela decisão recorrida, a Corte Suprema precisaria enfrentar seus próprios argumentos apresentados no RE 153.771,

¹⁴⁸ Julgamos necessário demonstrar, para as finalidades desse trabalho, quais foram os argumentos selecionados pelo Ministro Marco Aurélio no *precedente* que se pretende aplicar/superar, para que tenhamos, a partir disso, condições de identificar se houve no presente caso um respeito aos precedentes (ainda que para superá-los), conforme espera a doutrina do *stare decisis* que adotamos.

¹⁴⁹ Que, para esse caso especificamente, assumiram a condição de *obiter dictum*, uma vez que não foram os argumentos principais e determinantes para o voto do referido Ministro, mas mero argumentos persuasivos.

uma vez que a referida *norma jurisprudencial* foi o fundamento principal - ou seja, o fato material - que conduziu o julgador de segunda instância a declarar a inconstitucionalidade da EC 29/2000.

Não obstante, não nos parece que foi essa a conduta adotada pelo relator: ao discorrer sobre as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 29/2000, o Ministro Marco Aurélio limitou-se a afirmar que as referidas mudanças no texto constitucional, que foram substanciais, acabaram "afastando as premissas que levaram esta Corte a ter como imprópria a progressividade do IPTU." (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 293).

Ou seja, ao invés de desenvolver o ônus argumentativo necessário para superar (por *overruling*) o entendimento que prevalecia na corte - qual seja, o de que a progressividade *fiscal* não é aplicável ao IPTU por se tratar de um imposto classificado como real¹⁵⁰ -, o Ministro limitou-se a afastá-lo da aplicação somente *nesse caso* concreto (*distinguishing*), sob o argumento de que as premissas do referido precedente não se coadunam com as premissas do caso concreto, em razão da alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 29/2000. Em outras palavras, pelo entendimento do Ministro Marco Aurélio, o caso concreto não se subsume à *norma jurisprudencial* produzida pelo precedente RE 153.771, o qual deve ser afastado.

Para elucidar melhor, transcrevemos abaixo trecho do voto em análise:

A Emenda Constitucional n. 29, conforme já assinalado, trouxe mudança substancial, afastando as premissas que levaram esta Corte a ter como imprópria a progressividade do IPTU. (...) Ora, a Emenda Constitucional n. 29/2000 não afastou direito ou garantia individual. E não o fez porquanto o texto primitivo da Carta já versava a progressividade dos impostos, a consideração da capacidade econômica do contribuinte, não se cuidando, portanto, de inovação a afastar algo que pudesse ser tido integrado a patrimônio. (...) *Nem se diga que esta Corte, apreciando texto da carta anterior à Emenda n. 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 art. 182 da Constituição Federal.* Atuou o Colegiado, em primeiro lugar, interpretando o todo constitucional e, em segundo lugar, *dianete 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.* (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP*, 2010, p. 294-295)

Ou seja, pelo que podemos depreender do voto, o Ministro Marco Aurélio afirma que o STF *não* teria entendido anteriormente (no caso, se refere ao precedente criado pelo RE

¹⁵⁰ O que, portanto, permitiria extrair-se a *ratio* mais ampla e universal, como deve ser, de que "a progressividade, fundada da capacidade contributiva, não é aplicável aos impostos classificados como reais.". Cabe-nos ressaltar, no entanto, que essa foi a *ratio* extraída pelos juristas à época, e que foi considerada como vinculante naquela oportunidade, conforme entende Julius Stone, embora não coincida com a conclusão a que chegamos neste trabalho.

153.771/MG) pela impossibilidade de haver progressividade *fiscal* do IPTU com base no valor venal do imóvel, nos termos do art. 145, §1º da CF, mas apenas teria vislumbrado a possibilidade de se ter a progressividade *extrafiscal* com base na função social da propriedade.

Já em relação à parte final dos seus argumentos, o Ministro Marco Aurélio conclui que aquele entendimento anteriormente construído pelo STF no precedente mencionado (RE 153.771/MG) teria decorrido da ausência de norma expressa na constituição que autorizasse aplicar a progressividade levando em conta "*para social distribuição da carga tributária, outros elementos, como são o valor do imóvel, a localização e o uso*", como agora ocorre após a Edição da Emenda Constitucional n. 29/2000.

Tal argumento nos levaria à conclusão, *prima facie*, de que "as razões que levaram a Corte a ter como imprópria a progressividade do IPTU" *não* foram o fato de se tratar de imposto de natureza real, *mas o fato de não haver norma expressa na Constituição Federal que o autorize*. Quanto a essa conclusão especificamente, já havíamos alertado inicialmente, ao final do item 4.2: realmente nos pareceu, pela análise minuciosa do referido RE 153.771/MG, que o raciocínio argumentativo dos magistrados estava intrinsecamente relacionado às normas dos arts. 156 §1º (vigente à época) e 182 §§2º 4º da Constituição Federal.

No entanto, referida interpretação gera uma grande controvérsia: se assim for, então, se a *norma jurisprudencial* produzida pelo referido RE 153.771/MG estava mesmo atrelada ao teor do art. 156, §1º CF, alterado pela EC 29/2000, isso significa então que a *ratio* daquele precedente não poderia ser a de que "não se aplica progressividade aos impostos reais", mas a de que "não se aplica a progressividade ao IPTU por não haver norma constitucional expressa [naquela oportunidade] que o permita".

Assim, tendo em vista que essa interpretação - ainda incipiente - poderia desmistificar a concepção de que a *ratio decidendi* extraída do RE 153.771 era a de que "não é possível aplicar progressividade aos impostos reais", preferimos continuar a análise dos demais votos/precedentes, e deixar para fazer as conclusões ao final deste trabalho.

4.4.3.2.2 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Logo após o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, a Ministra Carmen Lúcia inicia suas considerações relatando a discussão central dos autos, e reportando-se ao entendimento construído pelo STF antes e após a EC 29/2000.

Para tanto, cita trechos de alguns julgados acerca da matéria, inclusive o *leading case* RE 153.771/MG e destaca que, antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2000, "compreendia-se, segundo a reiterada jurisprudência deste Tribunal, a não-autorização da progressividade do IPTU baseado no valor venal, isto é, no valor de venda do imóvel" mas que, apesar disso, admitia-se naquela oportunidade a alíquota progressiva "não com fins de recolhimento, mas para fins diversos do direito tributário", na hipótese prevista pelo art. 182, II, §4º da CF. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP, 2010, p. 296*).

No entanto, relata a Ministra Carmen Lúcia, após as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 29/2000, passou-se a "permitir a progressividade do IPTU em três situações: o valor venal do imóvel, a localização deste ou o uso a que se destina".

Ao detalhar cada uma dessas situações, Carmen Lúcia registra expressamente que, embora nos termos do referido RE 153.771, a Corte já tenha firmado que o IPTU seja "inequivocamente um imposto real", não entende ser possível inferir, do teor do art. 145, §1º da Constituição, uma "proibição à implementação da capacidade contributiva a impostos reais, ao contrário do que sustenta o acórdão recorrido". Segundo argumenta a magistrada, a Constituição apenas teria proclamado sua preferência pela criação de impostos reais, que "são os instrumentos que mais facilmente realizam a isonomia tributária", mas que, independente disso, "a progressividade, por garantir a observância da capacidade contributiva deve, sempre que possível, ser utilizada" em qualquer modalidade de imposto. (*Recurso Extraordinário n. 423.768/SP, 2010, p. 301*).

Nota-se, pela análise da referida construção argumentativa da Ministra Carmen Lúcia, que embora cite a existência de "entendimento anterior", a magistrada não chega a pontuar os argumentos extraídos dos referidos precedentes do Supremo Tribunal Federal, e menos ainda confrontá-los com o intuito de superá-los argumentativamente. Ao contrário, o que nos parece pela análise do voto da ministra Carmen Lúcia é que, em momento algum da sua argumentação, a ministra se sentiu minimamente vinculada aos precedentes anteriores, ou forçada a ter superá-los. A magistrada limitou-se, ao fazer um "relato histórico" do entendimento anterior, a afastá-lo de ser aplicado no caso concreto em análise.

Diante dessas considerações, a interpretação que fazemos é que, ou a Ministra Carmen Lúcia não reconhece força normativa aos precedentes judiciais construídos pela própria Corte Suprema, de forma que não se lhe exige qualquer esforço argumentativo para afastá-los ou superá-los; ou, de forma - ao nosso ver - simplista e pouco aprofundada, a Ministra tenha entendido que a simples alteração legislativa advinda com a Emenda Constitucional n.29/2000 já tivesse afastado a vinculatividade do precedente anterior (RE 153.771/MG).

Como já dissemos acima, tal interpretação gera um conflito em relação ao sistema como um todo pois, não é demais reiterar, se é certo que a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 29/2000, que alterou o teor do art. 156, §1º no tocante à progressividade do IPTU, teria sido suficiente para afastar a vinculatividade do RE 153.771/MG, então é possível concluir que a *ratio decidendi* - ou seja, que a razão de decidir - daquele precedente não foi o fato de ser o IPTU um imposto real mas, por outro viés, foi o simples fato de não haver norma constitucional expressa que o autorize ou, ainda, o fato de que, para o IPTU, os arts. 156 c/c 182 só permitiam a progressividade extrafiscal no tempo.

4.4.3.2.3 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Embora não tenha apresentado argumentos novos ao caso, cingindo-se a acompanhar o voto do relator, destacamos aqui o voto do Ministro Sepúlveda Pertence por uma razão especial. É que, conforme pudemos destacar acima, o Ministro Sepúlveda Pertence participou do julgamento do RE 153.771/MG e, naquela oportunidade, já dava algum indicativo das conclusões que estamos alcançando agora (no sentido de que o principal *argumento*, o que efetivamente norteou aquela decisão, não foi necessariamente o fato de ser o IPTU um imposto real, mas o fato de não haver normas constitucionais expressas permitindo ao IPTU a progressividade *fiscal* como o fez em relação à progressividade *extrafiscal* nos termos dos arts. 156 - vigente à época - e 182 da CF/88).

Relembrando o voto proferido naquele precedente, o Ministro Sepúlveda Pertence reafirma agora nesse novo julgamento:

O julgamento do RE nº 155 mil e tantos, de Belo Horizonte, fundou-se no texto originário do art. 156 da Constituição Federal. (...) Já, então, eu dizia ser simpático à tese que admitia a progressividade, mas rendia-me ao que parecia absolutamente peremptório na Constituição (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 308).

Ao que nos parece, portanto, o referido Ministro não já não enxergava, desde o RE 135.771/MG, uma impossibilidade de graduar – também os impostos reais – segundo a capacidade contributiva.

E é justamente nesse contexto que, em um momento da deliberação, o Ministro Gilmar Mendes interfere para considerar que possui grande “preocupação até com essas afirmações que defluem do texto, do *leading case*, a propósito da impossibilidade ou impossibilidade de convivência da ideia de progressividade”. E, em resposta ao comentário do Ministro

Gilmar Mendes, o Ministro Sepúlveda Pertence faz uma importante consideração para os nossos estudos: “É. Ali foi um *obiter dictum*” (Recurso Extraordinário n. 423.768/SP, 2010, p. 310). E, em continuidade, complementa:

Mas também saiu do voto condutor do Ministro Moreira Alves e de outros votos que ali a Constituição tinha até autorizado a progressividade, mostrando não haver impossibilidade lógica. O exemplo mais expressivo, lembrado por Vossa Excelência, é o do ITR, que tem o mesmo caráter do IPTU, ambos, impostos sobre a propriedade imóvel (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 308).

Ou seja, o que pudemos destacar desse diálogo é exatamente o que já vínhamos alertando ao longo deste estudo: o argumento de suposta “impossibilidade de se aplicar progressividade aos impostos reais” parece não ter sido a principal *ratio* daquele leading case. Ou, ao menos, não é a *ratio* – dentre as várias que podem ser extraídas daquele precedente – que é dotada de maior valor vinculante para esse caso, conforme doutrina de Bustamante (2012).

4.4.3.2.4 Voto do Ministro Ayres Britto

Após pedir vista dos autos para melhor analisar os fundamentos, o Ministro Ayres Britto os devolve, quatro anos mais tarde, com um voto também relevante para o estudo. É que, diferentemente dos demais, o Ministro não somente menciona a existência do precedente RE 153.771 acerca da matéria, como coteja especificamente alguns de seus principais fundamentos. De início, transcreve a ementa daquele julgado e resume os principais argumentos usados pelo Ministro Carlos Velloso, que foi o voto vencido, pois se opunha à corrente “vitoriosa nesse nosso Tribunal, que dava pela impossibilidade de progressividade fiscal, exatamente por ser o IPTU um imposto de natureza real”. (Recurso Extraordinário n. 423.768/SP, 2010, p. 314).

Em seguida, parte para o que chama de “núcleo significativo do ponto de vista vencedor”, e transcreve os argumentos usados pelo ministro Moreira Alves quando distingue impostos reais de pessoais e defende que o trecho final do art. §1º do art. 145 implicaria que somente os “impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, argumentos que, segundo o Ministro Ayres Britto, teriam conduzido o Ministro Moreira Alves à conclusão de que aquela progressividade prevista no art. 156, §1º (vigente à época) só poderia ser, portanto, a de caráter *extrafiscal* prevista pelo art. 182, §§ 2º e 4º da CF. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, pp. 315-317).

Diante disso, o Ministro Ayres Britto conclui que, mesmo antes da edição da EC 29 a progressividade do IPTU já era doutrinariamente sustentável e que, portanto, é justamente a Emenda 29 “a estrutura normativa que abre ensejo à revisitação do tema, seja doutrinária, seja no plano jurisdicional”. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 318).

Ao que nos parece, o que o Ministro Ayres Britto quis ressaltar foi que o STF entendeu pela impossibilidade de aplicar a progressividade ao IPTU mesmo conhecendo as teses que defendiam o contrário e que, portanto, os argumentos para superar ou afastar aquele entendimento não poderiam ser exatamente os mesmos.

Nesse contexto, o Ministro Ayres Britto passa a desenvolver seu argumento elencando os objetivos da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a “construção de uma sociedade livre justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais”, (dentre outros). Segundo o Ministro, a previsão desses objetivos já implicaria, por si só, na necessidade de disponibilização de recursos financeiros ao Estado, o que naturalmente se dá por meio da tributação. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 318).

Assim, o magistrado continua, haveria em nosso sistema uma “necessidade de compatibilização entre o desfrute de tais situações jurídicas subjetivas [*propriedade privada, liberdade econômica individual, etc*] e o dever de contribuir para as despesas de manutenção e investimentos do Estado”. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 319).

Continuando o referido raciocínio, o Ministro Ayres Britto invoca o princípio da igualdade “como fórmula ou critério da mais justa participação dos contribuintes no aporte dos recursos financeiros de que o Estado precisa para se manter enquanto máquina administrativa e combater as mais temerárias assimetrias sociais e regionais”, e conclui que é justamente essa ideia de efetiva igualdade que deve orientar o poder impositivo-fiscal do Estado, motivo pelo qual conclui que “os tributos, por definição, devem ter caráter pessoal”, que somente será mitigado quando se tratar de tributo do tipo *indireto*. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 319).

Construída essa argumentação, e após traçar alguns outros argumentos de persuasão (ou, como chamaríamos aqui, alguns *obiter dicta*), o Ministro Ayres Britto conclui que

a expressão constitucional ‘caráter pessoal’ não é usada para classificar tributos, mas para exprimir que o tributo de natureza real não elimina o ingrediente da pessoalidade em sua abstrata conformação. Isso porque a relação jurídico-tributária é sempre entre sujeitos de direitos: o sujeito tributante e o sujeito tributado. (...) isonomia que é o próprio norte da ação do sujeito tributante, mesmo quando se trate de impostos reais. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 321).

Ainda argumentando, o Ministro Ayres Britto destaca que, quando o Estado, ao tributar, intenta concretizar a função social da propriedade também estaria promovendo o ideal de justiça social (e vice versa) o que conjugaria em uma só unidade a função social da propriedade, a justiça social e a isonomia, ou seja, “o verdadeiro enlace do pessoal e do real”. (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 322).

Assim, em vias de conclusão o Ministro Ayres Britto ultima: “a incompatibilidade entre impostos reais e capacidade contributiva é a falsa premissa que responde pelo erro de conclusão.” (*Recurso Extraordinário* n. 423.768/SP, 2010, p. 323)

Segundo o magistrado, a Constituição não somente permite como “quer” que se considere a capacidade contributiva mesmo em impostos reais (a menos que fosse impossível, e isso justificaria a ressalva do “sempre que possível” no texto constitucional) motivo pelo qual a EC 29/2000 teria vindo para reforçar referidas proposições normativas, motivo porque a reconhece como inquestionavelmente constitucional.

Conforme vimos, apesar de ter levado quatro anos para fazê-lo, o voto do Ministro Ayres Britto foi o único que demonstrou um ônus argumentativo par tentar superar o precedente construído acerca da matéria: cotejou os argumentos daquele precedente e os combateu frontalmente não somente reiterando os argumentos doutrinários anteriores – os quais, ao menos em tese, já teriam sido levados em consideração quando do julgamento paradigma e, portanto, teria fraco poder vinculante –, mas apresentando outros argumentos capazes de persuadir o entendimento em sentido contrário ao precedente.

Ou seja, a nosso ver, o ônus argumentativo desenvolvido pelo Ministro Ayres Britto, ao contrário dos votos anteriores, como mencionamos, foi digno de *overruling*.

4.4.3.2.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Por fim, o voto do Ministro Gilmar Mendes, apesar de sucinto e de certa forma simplista, também merece ser comentado nesse trabalho por uma razão: embora também tenha acompanhado o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes não demonstrou concordar com os argumentos de que a progressividade fiscal poderia ser aplicável aos impostos reais com fundamento na capacidade contributiva, mas, ao contrário, invoca os precedentes anteriores tais como as Súmulas 656, 668 e sobretudo do RE 153.771/MG para dizer que,

aquela tese parece-lhe perfeita. “Não havia soluções, senão violentar as balizas constitucionais”.

Segundo afirma o Ministro Gilmar Mendes, o que permite aplicar a progressividade agora, então, seria justamente a previsão expressa da EC 29/2000, e não necessariamente a norma do art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Ou seja, o que nos pareceu é que, para o Ministro Gilmar Mendes, não teria sido superada a *ratio* construída pelo RE 153.771/MG acerca da impossibilidade de graduar os impostos reais com base no princípio da capacidade contributiva, mas, tão somente, teria sido criada uma regra de exceção para não aplicar o precedente a esse caso concreto, qual seja a norma da EC 29/2000, que passaria a ter permitido expressamente a progressividade ao IPTU, ainda que se trate de um imposto real.

4.4.4. Conclusões parciais

O que pudemos notar com toda a evolução jurisprudencial atravessada após a edição da Emenda Constitucional n. 29/2000 é que, embora tenha ocorrido um verdadeiro *diálogo* entre as instituições legislativa e judiciário, ainda não seria possível confirmar uma superação do entendimento construído no RE 153.771/MG acerca da aplicação da progressividade para os impostos reais, como um todo.

É inegável que houve mudança de entendimento em relação ao IPTU, mas ficou claro que – à exceção do voto do Ministro Ayres Britto que efetivamente buscou enfrentar a discussão acerca da capacidade contributiva¹⁵¹ – essa alteração decorreu da criação de uma norma de exceção (*distinguishing*), e não por superação do entendimento anterior.

Ou seja, para aqueles julgadores, o que autorizaria instituir a progressividade para o IPTU seria a mudança legislativa, que passou a autorizá-la de forma expressa como já fazia com a modalidade *extrafiscal*. Isso ficou claro, sobretudo, no julgamento do RE 423.768/SP, pelos votos do relator Ministro Marco Aurélio, do Ministro Sepúlveda Pertence e do Ministro Gilmar Mendes.

De fato, após destrincharmos os fatos materiais e os argumentos utilizados naquele *leading case* (RE 153.771), entendemos que as premissas *efetivamente determinantes* para a solução do caso não nos pareceram relacionar diretamente à discussão de se aplicar ou não a

¹⁵¹ Sem embargo do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que também desafia o entendimento firmado no RE 153.771, mas sob uma perspectiva diferente, sem enfrentar efetivamente a interpretação do art. 145, § 1º da CF/88, conforme anotado anteriormente.

capacidade contributiva aos impostos reais, discussão que ficou apenas tangencial no julgamento, mas ao fato de não haver, naquele momento, uma norma constitucional expressa que autorizasse a progressividade naqueles moldes. Com isso, a alteração normativa introduzida pela EC 29 teria suprimido a discussão anterior.

Nesse contexto, ao comentar a referida mudança no entendimento do STF, Marciano Seabra de Godoi pontua que, pelo seu entendimento,

Há dois modos de interpretar o julgamento unânime do Tribunal, ultimado em 2010 (RE 423.768), no sentido da constitucionalidade do IPTU progressivo em razão do valor do imóvel. A primeira interpretação é a de que não foi o Tribunal que mudou sua posição em relação ao decidido no RE 153.771, e sim a própria Constituição, mercê da modificação promovida na redação do art. 156, parágrafo 1º, da Constituição, pela EC 29/2000. A segunda interpretação é a de que, além da alteração da redação do art. 156, §1º, da Constituição, a própria visão da maioria dos Ministros sobre os princípios da capacidade econômica e da pessoalidade mudou radicalmente em relação à visão sobre tais princípios plasmada no acórdão do RE 153.771. (GODOI, 2011, p. 99).

Assim, complementando esse raciocínio, o Professor Marciano posiciona-se em favor da segunda interpretação, sob o argumento de que o entendimento formado acerca do art. 145, parágrafo 1º da Constituição “foi claramente abandonado pelos principais votos proferidos no julgamento do RE 423.768”. (GODOI, 2011, p. 99).

Nós, no entanto, entendemos por uma interpretação intermediária entre aquelas apontadas por Godoi: é que, embora não concordemos que a única mudança ocorrida tenha sido a do texto constitucional, por outro lado não podemos afirmar que o Tribunal tivesse mudado radicalmente a interpretação acerca do princípio da capacidade econômica porque, a nosso ver, o Supremo Tribunal Federal não chegou a se debruçar e debater detida e argumentativamente o princípio da capacidade econômica e sua aplicação aos impostos reais - salvo pelas considerações de alguns Ministros - de forma desvinculada da progressividade *extrafiscal* prevista pelo art. 156, §1º (vigente à época) c/c o art. 182 da Constituição Federal.

Ou seja, embora devesse, o teor do artigo 145, § 1º da CF/88 e sua aplicabilidade aos impostos reais não nos pareceu ter sido a *principal* temática debatida no julgamento do RE 153.771, porquanto a argumentação desenvolvida naquele *case* foi fortemente norteadas pelas previsões do art. 156 c/c art. 182 da CF, que conduziu o julgamento para outro sentido.

Mesmo porque, se naquela oportunidade a argumentação tivesse sido concentrada somente na aplicação da capacidade contributiva aos impostos (reais ou pessoais), a suposta exigência de previsão expressa para permitir a progressividade sequer teria relevância para o

caso, já que o problema se resolveria pelo próprio teor do art. 145, § 1º da CF/88, conforme acertadamente esclarece Godoi:

A nosso ver, não era relevante saber se o art. 156, parágrafo 1º da Constituição, em sua redação original, referia-se à progressividade extrafiscal do art. 182, parágrafo 4º (como defendeu a corrente majoritária no RE 153.771) ou à progressividade de alíquotas em razão do valor do imóvel, (como defendeu o Ministro Carlos Velloso). Mesmo que não houvesse no art. 156 uma autorização *expressa* de progressividade de alíquotas do IPTU em razão do valor do imóvel, essa progressividade estaria implicitamente autorizada, pois seu manejo não configura qualquer desrespeito ao art. 145, parágrafo 1º, da Constituição. Somente haveria violação da Constituição se a progressividade atingisse uma intensidade passível de configurar um tributo com efeito de confisco (art. 150, IV da Constituição). (GODOI, 2011, p. 103).

Apesar do nosso posicionamento nesse sentido, nota-se que a alteração promovida pela EC 29/2000 desencadeou interpretação em sentido contrário no meio jurídico: para uma parcela da doutrina pátria, a inclusão de norma constitucional prevendo expressamente a progressividade *fiscal* para o IPTU apenas reforçou o entendimento de que somente será possível estabelecer alíquotas progressivas para os impostos reais se houver norma expressa autorizando. Cite-se, como exemplo, conclusão feita por Raphael Pereira Teixeira da Silva ao analisar os referidos precedentes:

De fato, a Emenda Constitucional nº 29/2000 deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 156, estabelecendo os critérios de progressividade e de progressividade para o IPTU com função fiscal, ou seja, puramente arrecadatória. O que se observa, então, é que, frente à declaração pelo STF de que um imposto real não pode ser progressivo sob pena de violação ao princípio da capacidade contributiva, o constituinte derivado aprovou uma emenda constitucional a fim de explicitar a autorização para autorização de tal sistemática. Em outras palavras, havendo previsão constitucional, mesmo os impostos reais podem ser progressivos. (...) Inequívoco, portanto, que após a EC nº 29/2000, a aplicação de alíquotas progressivas a impostos reais passou a ser constitucionalmente aceita. O mesmo entendimento foi adotado para o ITBI, consignando-se, a partir do julgamento do RE nº 234.105, que o referido, *por também tratar-se de imposto de caráter real, necessariamente deveria ser autorizado pela Constituição a possuir alíquotas progressivas* em função do valor do imóvel ou dos direitos transmitidos. (SILVA, 2014, p. 98).

Tal entendimento é, a nosso ver, equivocado, porquanto simplifica e não representa a melhor interpretação da *história institucional* do STF acerca da matéria em questão, conforme vimos demonstrando neste trabalho.

De todo modo, é inegável que a alteração sofrida no texto constitucional a partir da EC 29/2000 foi um importante catalizador para uma mudança no entendimento construído acerca da matéria que, a começar pelo voto do Ministro Ayres Britto, culminaria no julgamento do RE 562.045/RS.

5. A "MUDANÇA DE ENTENDIMENTO" DO STF: JULGAMENTO DO RE 562.045/RS

Conforme pudemos constatar pelo histórico de precedentes analisados até aqui, desde o julgamento do RE 153.771/MG, em meados de 1996, o Supremo Tribunal Federal, bem como os tribunais inferiores, vêm demonstrando uma grande deferência à *norma jurisprudencial* produzida naquele paradigma.

De uma forma geral – sem olvidar as ressalvas que fomos traçando ao longo do capítulo anterior – o entendimento que se construiu no ordenamento jurídico-tributário, após o referido *leading case*, foi o de que os impostos chamados reais não poderiam ser graduados em razão da capacidade contributiva ou, em outras palavras, não era possível aplicar a técnica de progressividade *fiscal* para os impostos classificados como reais.

O entendimento construído à época pareceu se apoiar em uma impossibilidade “lógica” de que os impostos que incidem sobre o patrimônio e, portanto, possuem relação direta com a matéria tributável (bem), pudessem inferir também critérios de capacidade contributiva.

Não obstante, após sofrer uma série de provocações pela sociedade que, influenciada pela forte doutrina tributária que foi se consolidando à época, passou a questionar as premissas utilizadas naquele precedente, o Supremo Tribunal Federal foi levado a refletir seus fundamentos e, eventualmente, questionar seus próprios precedentes, conforme já foram sinalizando as decisões analisadas acima.

Assim, ao ser incitado a se manifestar novamente sobre a matéria no Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, que discutia alíquotas progressivas instituídas pelo Estado do Rio Grande do Sul ao Imposto sobre Transmissões Causa Mortis e Doação – ITCMD, o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de matéria “relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico, que ultrapassa o interesse subjetivo da causa” (*Repercussão geral no recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, p.1) e, atribuindo-lhe os efeitos da repercussão geral¹⁵², conferiu ao referido caso certa vinculatividade normativa antes mesmo de vir a ser julgado.

¹⁵² Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão

Cinco anos mais tarde, em meados de 2013, o caso foi submetido a julgamento e, produzindo uma *norma adscrita* diferente daquela produzida no antigo RE 153.771/MG, passou a ser reconhecido como o precedente de superação do entendimento anterior ou, usando o termo conhecido na doutrina do *stare decisis*, referenciou-se como uma hipótese¹⁵³ de *overruling*, conforme ementa abaixo transcrita:

Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: progressividade de alíquota de Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da igualdade material tributária. Observância da capacidade contributiva. Recurso extraordinário provido. (*Recurso Extraordinário* n 562.045/RS, 2013, p.1).

Analisaremos, pois, sob a perspectiva da teoria dos precedentes judiciais, se de fato houve superação do paradigma anterior e quais foram as consequências do seu julgamento em relação ao entendimento da matéria no ordenamento jurídico tributário.

5.1. Fatos materiais

Conforme narrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, tratou-se, na origem, de discussão acerca da constitucionalidade da Lei nº 8.821/1989¹⁵⁴, do Estado do Rio Grande do Sul, que havia instituído alíquotas progressivas para o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações - ITCD naquele estado.

Ao apreciar a matéria em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou, em controle difuso, pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sob o argumento – amparado pelos precedentes do próprio STF – de que a

apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (BRASIL, 1973).

¹⁵³ Hipótese que será testada nesse trabalho, pois, apesar do senso comum referenciar uma suposta “virada jurisprudencial” com o referido julgamento, é necessário investigar se os efeitos e consequências de um real *overruling* foram configurados nesse caso.

¹⁵⁴ Art. 18. No Imposto sobre a Transmissão 'Causa Mortis' a alíquota é definida com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens imóveis, móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, do patrimônio inventariado, estabelecendo-se: I - isenção, se os valores supra referidos não excedem 2.000 Unidades de Padrão Fiscal; II - em um por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 2001 e 4000 Unidades de Padrão Fiscal; III - em dois por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 4001 e 6000 Unidades de Padrão Fiscal; IV - em três por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 6001 e 9000 Unidades de Padrão Fiscal; V - em quatro por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 9001 e 12000 Unidades de Padrão Fiscal; (...) (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

progressividade prevista no art. 145, § 1º, da Constituição Federal não se aplicaria aos impostos reais, mas tão somente aos impostos de natureza pessoal.

Em razão disso, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs o Recurso Extraordinário em análise sob o argumento de que “inexiste vedação constitucional à progressividade do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações de bens ou direitos, ainda que se trate um tributo de natureza real.” (*Recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, p. 5).

Alega ainda que a progressividade é “mera técnica de tributação” de caráter nitidamente instrumental, e que por isso não poderia se exigir que tivesse previsão expressa no texto constitucional para que fosse permitido, como ocorre com as normas do tipo princípio. Complementa, ainda, que o Estado do Rio Grande do Sul determina a graduação do ITCD com fundamento na sua base de cálculo, e que, portanto, “nada mais está fazendo senão dando guarida ao princípio da capacidade contributiva consagrada no dispositivo citado (art. 145, §1º, CF).” (*Recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, p. 5).

Por fim, o Estado informa que não há qualquer vedação expressa à aplicação da progressividade ao caso (ao contrário), e também não há qualquer norma que poderia levar a esse entendimento, motivo pelo qual pede o procedimento do Recurso. (*Recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, pp. 84-86).

Destaca-se que, para os fins desse trabalho, que em momento algum da sua petição de Recurso Extraordinário o Estado do Rio Grande do Sul menciona ou combate os argumentos construídos pelos precedentes anteriores acerca da matéria.

Além dos argumentos apresentados aos autos pelas partes litigantes, foi acostado também um parecer emitido pelo Procurador Geral da República nos autos do RE 544.438/RS que, segundo informa o relator, discutia a mesma matéria em face do mesmo dispositivo legal, oportunidade em que opinou pela reforma da decisão recorrida para reconhecer a constitucionalidade da alíquota progressiva para o caso em tela.

Expostos de forma muito sucinta pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski e, por isso, buscados também nas cópias dos autos, foram esses os principais *atos materiais* apresentados aos caso, hábeis a influenciar diretamente o entendimento do tribunal em relação à matéria *sub judice*, conforme analisaremos agora.

5.2. Análise dos votos: argumentos apresentados pelos julgadores

5.2.1. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Ao iniciar as suas razões, o Ministro Relator já faz menção expressa à noção de capacidade contributiva prevista pelo art. 145, §1º da CF/88, e informa ser esse o cerne do debate.

Nesse contexto, o magistrado invoca uma série de precedentes anteriores do Tribunal: inicialmente, remete-se ao precedente construído pelo RE 153.771/MG, alegando já ter o Supremo Tribunal Federal debruçado sobre o tema, motivo pelo qual coteja, quase que integralmente, as razões e argumentos apresentados naquele *leading case*, já esmiuçado no item 4.1 acima.

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski invoca a decisão proferida no RE 234.105/SP – precedente também já analisado, conforme item 4.3.1.2 deste trabalho, no qual novamente se discutia, mas em relação ao ITBI, a progressividade com fundamento no princípio da capacidade contributiva – e ressalta que, naquela oportunidade, os Ministros que compunham a corte fizeram questão de esclarecer que a razão de julgamento teria sido o fato de se tratar de um imposto de natureza real que, segundo entendiam, não poderia ser submetido a critérios “pessoais” de análise de capacidade contributiva – ainda que essa informação não tenha sido registrada na ementa oficial do RE 234.105.

O ilustre relator colaciona ainda a já mencionada Súmula 656 do STF e, por fim, invoca também duas decisões (monocráticas) que, em relação ao ITCD, teriam produzido respostas praticamente antagônicas, quais sejam

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 [que instituiu alíquotas progressivas]. (Recurso Extraordinário n 562.045/RS, 2008, p. 15).

Para engrossar os fundamentos colacionados, o Ministro relator faz duas distinções conceituais que julga importantes: para a primeira, entre impostos reais e pessoais, cita doutrina do professor Geraldo Ataliba, segundo o qual “são impostos reais aqueles cujo aspecto material da h.i. [*hipótese de incidência*] limita-se a descrever um fato, ou estudo de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja, indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades.” (*Recurso Extraordinário n. 562.045/RS*, 2008, p. 14); a segunda distinção que entende importante seria entre *progressividade*, sistemática que seria utilizada para modular impostos pessoais, e *seletividade*, técnica que seria aplicável aos impostos reais.

Assim, após apresentados esses, que seriam os pressupostos normativo e doutrinário de seu voto, o Ministro Lewandowski parte para a argumentação. Defende que a

progressividade seja sim uma técnica de dar concretude à capacidade contributiva e que não entende pela “absoluta impossibilidade de avaliar-se a capacidade econômica do contribuinte nos impostos de natureza real” mas que, mesmo assim, não entende ser possível concluir que a “expressão econômica da base do imposto” possa refletir necessariamente a capacidade contributiva do sujeito passivo. (*Recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, p. 18).

Por essa razão, por não ser possível “presumir a capacidade econômica do contribuinte, simplesmente, a partir do valor do bem ou da operação tributada”, o Ministro Ricardo Lewandowski defende que só será possível então aplicar a progressividade se houver expressa autorização na constituição para tal. (*Recurso Extraordinário n. 562.045/RS*, 2008, p. 21).

Ou seja, segundo afirma o Ministro Relator, a progressividade não seria vedada [*prima facie*] para os impostos reais, mas também não seria sempre permitida, mas somente nas hipóteses em que houvesse autorização expressa, quais sejam: (i) para o ITR, nos termos do art. 153, § 4º, I CF; (ii) para o IPTU na modalidade fiscal, prevista pelo art. 156, § 1º, I, incluído pela Emenda Constitucional 29/2000; e (iii) para o IPTU na modalidade *extrafiscal* prevista pelo art. 182, § 4º, II da CF. (*Recurso Extraordinário n. 562.045/RS*, 2008, p. 23).

Nesse contexto, o Ministro Lewandowski desenvolve o argumento de que, se entendêssemos pela aplicabilidade necessária do princípio da capacidade contributiva nos termos do art. 145, §1º da CF para *todos* os impostos, então implicaria a “desnecessidade” dos dispositivos constitucionais arrolados acima.

Diante desses argumentos, o Ministro relator conclui que,

embora represente um instrumento para a obtenção de efeitos extrafiscais, a progressividade, no caso de impostos reais, em nosso ordenamento legal, só pode ser adotada se houver expressa previsão constitucional. Mesmo assim, ressalte-se, ela não poderá basear-se, direta ou exclusivamente, na capacidade econômica do contribuinte. (*Recurso Extraordinário n 562.045/RS*, 2008, p. 27).

E, sendo assim, por não haver norma expressa que autorize a progressividade fiscal ao ITCD, o Ministro julga então pelo não provimento do Recurso Extraordinário, para manter-se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado. (*Recurso Extraordinário n. 562.045/RS*, 2008, p.27).

Pelo que nos pareceu, o Ministro buscou conjugar em seu voto os fundamentos retirados dos precedentes os quais arrolou no início, com algumas classificações e conceitos retirados da doutrina, de forma a conferir maior “autoridade” aos seus argumentos.

Se por um lado o Ministro demonstrou um respeito às *normas jurisprudenciais* produzidas pelo tribunal constitucional, invocando-as para demonstrar onde a discussão debatida se enquadra dentro da *história institucional* da corte, por outro lado não nos pareceu que o Ministro se preocupou com a qualidade argumentativa, tão cara à doutrina do *stare decisis*, ao formular seu voto. Talvez porque estivesse acompanhando os precedentes anteriores e não superando-os, ao contrário do que ocorreria nos próximos votos.

5.2.2. Voto do Ministro Eros Grau

Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos e, ao devolvê-los, já inicia seu voto justificando o referido pedido de vista: teria dado provimento em outro caso (RE 557.618/RS)¹⁵⁵ ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo, assim, a constitucionalidade da progressividade de alíquotas estabelecida para o ITCD, motivo pelo qual se sentia vinculado à referida decisão que proferiu. É aquilo que, no contexto da doutrina do *stare decisis*, chamamos de *autoprecedente*.

Em seus argumentos, o Ministro Eros Grau, assim como fez o Ministro Lewandowski, esclarece que o ponto central da discussão estaria na interpretação acerca do princípio da capacidade contributiva insculpido no § 1º do art. 145 da Constituição.

Não obstante, o Ministro Eros Grau demonstra fazer uma leitura diferente do relator acerca do princípio da capacidade contributiva no caso em discussão e, para tanto, coteja os argumentos esposados no voto antecessor a fim de combatê-los. Informa que, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a progressividade fundada na capacidade contributiva seria característica dos impostos pessoais - admitida nos impostos reais somente em vias de exceções expressamente previstas no texto constitucional, ele - Ministro Eros Grau - entende que *todos* os impostos estariam sujeitos à capacidade contributiva, conforme pontua:

¹⁵⁵ Tratou-se de Recurso Extraordinário em que também se discutiu a progressividade das alíquotas de ITCD instituídas pela legislação do Estado do Rio Grande do Sul. Naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau julgou o caso monocraticamente para, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, dar provimento ao recurso e reconhecer a constitucionalidade da progressividade, sob o fundamento de que a decisão recorrida estava em “manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”. Para justificar, invocou como precedente o RE nº 234.105, nos termos do qual havia ficado decidido pelo STF que “enquanto na transmissão *causa mortis*, ou no imposto sucessorial, realiza-se o princípio da capacidade contributiva mediante alíquotas progressivas, na transmissão *inter vivos* aquele princípio realiza-se proporcionalmente ao preço da venda” (*Recurso Extraordinário 557.618/RS*, 2007). De todo modo, mesmo tendo proferido a referida decisão monocrática, em meados de 2008 o Ministro Eros Grau determinou o sobrestamento do feito, tendo em vista a Repercussão Geral reconhecida pelo STF no RE 562.045/RS.

O que a Constituição diz é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. A Constituição prescreve, afirma um dever ser: os impostos deverão ter caráter pessoal sempre que possível. E, mais, diz que os impostos, todos eles, sempre que possível serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 30).

Em continuidade, usando expressões de grande ênfase e persuasão em seus argumentos, o ministro Eros Grau busca, no próprio precedente o qual pretende superar - RE 153.771/MG - os argumentos utilizados pelo Ministro Carlos Velloso, que foi voto vencido naquela oportunidade, especialmente no trecho em que trata da expressão "sempre que possível" constante do art. 145, § 1º da CR.

Assim, argumenta que, pela perspectiva do conceito econômico de tributo – qual seja o de "uma parcela do produto nacional (expressão física) ou da renda nacional (expressão financeira) que se transfere do setor privado pro setor público e que posteriormente retornará ao setor privado sob a forma de bens e serviços" – seria cogente defender que "todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante". (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, pp. 32-36).

Para tanto, o Ministro Eros Grau cita trecho de doutrina escrita (por ele mesmo) "há mais de trinta anos", que, além do referido conceito econômico de tributo, traz classificações e distinções entre impostos diretos e indiretos, impostos internos e externos, tributos fixos, proporcionais e graduados - esses últimos dos quais decorreriam os conceitos de progressividade e regressividade.

Nesse contexto, o Ministro defende que todos os impostos devem guardar relação com a capacidade contributiva, e ainda mais no caso específico do ITCD, pois, "tratando-se de imposto indireto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 36).

Eros Grau conclui, portanto, divergindo do voto do relator, para dar provimento ao recurso e reconhecer a constitucionalidade das alíquotas progressivas do ITCD.

Embora tenha demonstrado um grande empenho persuasivo em sua argumentação - nota-se pelas expressões fortes e assertivas utilizadas com frequência - o Ministro Eros Grau não nos parece ter enfrentado frontalmente os precedentes existentes acerca da matéria, já mencionados acima.

Afinal, demonstrou um forte trabalho argumentativo no sentido de expressar uma justificção para a superação do precedente anterior, mas não nos pareceu - nesse momento - analisar os efeitos possíveis da superação no ordenamento (BUSTAMANTE, 2012), ou a

"perda da congruência social" (MARINONI, 2013) daquela norma anterior, critérios necessários para que se concretize o *overruling*, conforme teoria dos precedentes que adotamos.

5.2.3. *Debate deliberativo e voto do Ministro Menezes Direito*

Após os votos *seriatim*¹⁵⁶ apresentados (i) pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski que, acompanhando os precedentes anteriores, decidiu pelo improvimento do recurso, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu progressividade do ITCD; (ii) pelo Ministro Eros Grau que, divergindo do relator, defende a aplicabilidade da progressividade para os impostos reais, mas sem necessariamente combater os julgamentos anteriores; os demais julgadores travam, a partir das premissas apresentadas por cada um dos votos (contrários), um início de debate deliberativo.

Em um primeiro momento, os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Eros Grau e Lewandowski discutem acerca dos limites das alíquotas estabelecidas pela lei gaúcha (de 1% a 8%). Quando o Ministro Ayres Britto inicia a argumentar que a graduação das referidas alíquotas deveriam ser observadas segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro Eros Grau já descarta imediatamente essa possibilidade, informando se tratar de competência do Poder Legislativo, e que o Judiciário estaria limitado a verificar a constitucionalidade da referida técnica de progressividade. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 37).

Ainda se referindo às alíquotas, o Ministro Marco Aurélio reforça que a progressividade tal como estava definida na lei gaúcha levaria ao caráter pessoal do tributo, em observância à Constituição de 1988, que "deu ênfase muito grande ao social" (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 37). O relator Ministro Ricardo Lewandowski, por sua

¹⁵⁶ Conforme costuma definir a doutrina, "*seriatim*" é um modelo de deliberação de múltiplas vozes, por meio da qual são formadas opiniões distintas e agregadas por cada um dos julgadores, cujos votos são expostos em série. Ao final da deliberação, tem-se uma série de votos distintos, e não uma única decisão da corte de forma institucionalizada. Conforme esclarece o Prof. Conrado Hübner Mendes, uma decisão *seriatim* pode vir a ser deliberativa ou não-deliberativa. Naquela (deliberativa), embora as decisões judiciais sejam múltiplas, "ao menos conversam entre si. (...) Argumentos mútuos são enfrentados, objeções são respondidas e posições são assumidas." Já no caso de uma decisão *seriatim* não-deliberativa, trata-se de uma série de opiniões que "não conversam entre si. A falta de comunicação entre as opiniões dificulta, ademais, a realização de promessas formais do Estado de Direito, pois sequer consegue fornecer uma *ratio decidendi* compartilhada, um precedente que de fato oriente casos futuros." (MENDES, 2012, p. 65-68). Para maior aprofundamento, ver também: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Orgs.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 557-584.

vez, reitera seu voto anterior e informa que embora não afaste a possibilidade de impor a progressividade como gradação de produtos também aos impostos reais, entende que essa progressividade "só pode ser instituída quando existir expressa autorização no texto constitucional." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 38).

Em seguida, o Ministro Menezes Direito começa a expor os seus fundamentos e, para tanto, inicia confrontando os votos anteriores: ressalta que o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, estaria "calcado em precedentes da Corte" que consagra uma distinção entre impostos reais e pessoais e admite a progressividade *fiscal* apenas para os impostos reais, enquanto que a interpretação divergente do Ministro Eros Grau estaria "calçada na interpretação ampliativa do art. 145, § 1º, ou seja, no sentido de que a disciplina constitucional autorizou de fato que sempre que possível esses impostos levassem em conta a capacidade contributiva do contribuinte." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 40-41).

Nesse contexto, o Ministro Menezes Direito posiciona-se para acompanhar o voto do Ministro Eros Grau por entender não ser possível que a Constituição, ao mesmo tempo em que determina que os impostos tenham natureza progressiva, exija normas específicas para aplicar a progressividade a certos impostos, conforme trecho abaixo transcrito:

não se pode justificar a exigência constitucional da progressividade na disciplina positiva explícita, na medida em que a própria Constituição estabelece a possibilidade de que os impostos, sempre que possível, portanto, sejam de natureza progressiva, porque a progressividade do imposto em um país que já tem uma carga tributária como a nossa é sempre benfazeja, porque permite levar em conta, objetivamente, a capacidade contributiva do contribuinte. E esse deve ser o objeto essencial do próprio imposto, do próprio tributo. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 41).

Em seguida, o Ministro Menezes Direito suscita uma possível discussão que poderia surgir quanto ao fato da norma discutida no caso concreto ser estadual, mas já antecipa que não enxerga qualquer óbice constitucional para tanto e, assim, referidos argumentos se comportam como meros *obiter dictum* na argumentação.

Nota-se que, apesar de ter apresentado (de forma resumida) os fundamentos utilizados pelo voto do qual divergiu, o Ministro Menezes Direito também não enfrentou frontalmente os precedentes com intuito de demonstrar, argumentativamente, a superação, mas apenas indicou uma suposta "incorreção" no entendimento anterior que, como vimos, não é suficiente para que possa falar em *overruling* dentro da doutrina do *stare decisis*.

5.2.4. Voto da Ministra Carmem Lúcia

Logo após o voto do Ministro Menezes Direito, a Ministra Carmem Lúcia se coloca, então, a apresentar sua argumentação, e já inicia com uma ressalva que faz com que seu voto assuma uma grande relevância para esse trabalho: a possibilidade evidente de alteração do entendimento da corte, e a necessidade de o STF tratar disso expressamente, para garantir o que chama de "segurança jurisprudencial" ou, em outras palavras, garantir a estabilidade e confiança das normas jurisprudenciais, conforme trecho abaixo transcrito:

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. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, pp. 43-44).

Conforme podemos identificar no trecho da decisão destacado acima, a Ministra Carmem Lúcia demonstrou uma grande preocupação em encarar a responsabilidade pela mudança de um entendimento anterior, pontuando, inclusive, os impactos da referida superação no ordenamento jurídico.

Para a doutrina do *stare decisis*, tais elementos são essenciais para que se possa falar em superação de uma *norma jurisprudencial* anteriormente aceita, conforme vimos no capítulo 2 deste trabalho.

São justamente esses elementos - dentre outros - que, quando devidamente considerados e enfrentados no processo argumentativo-racional, diferenciam a chamada superação de entendimento (*overruling*) de um mero afastamento da norma jurisprudencial para aplicação em dado caso concreto (*distinguishing*).

Após fazer essa ressalva, invocando para o tribunal a responsabilidade pela possível alteração de entendimento de seus próprios precedentes, a Ministra Carmem Lúcia se posiciona em relação ao mérito discutido para, acompanhando o voto do Ministro Eros Grau, reconhecer a constitucionalidade da aplicação de alíquotas progressivas ao ITCD, mesmo se tratando de imposto real.

Para tanto, a Ministra Carmem Lúcia também se apoia no princípio da Capacidade Contributiva insculpido no art. 145, § 1º da Constituição da República, afirmando que "essa

norma constitucional é a introdução expressa pelo constituinte originário do princípio da igualdade material tributária a ser observado pelos Estados em todos os casos em que, por meio de tributação, venha a intervir no domínio do contribuinte." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 45).

Assim, afirma que não há como declarar inconstitucional lei estadual que apenas confere aplicação plena à referida norma constitucional (art. 145, § 1º), "mediante a adoção da técnica de progressividade para assegurar a aferição da capacidade econômica do contribuinte", motivo pelo qual vota pelo provimento ao Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhando o voto no Ministro Eros Grau.

Embora tenha feito a ressalva inicial quanto aos impactos da superação de precedentes anteriores e à necessidade de tratar essa questão de forma expressa nesse julgamento, a Ministra Carmem Lúcia também foi concisa em seus argumentos de mérito, limitando-se a demonstrar uma interpretação ampliativa da norma prevista no art. 145, § 1º da CR sem, no entanto, enfrentar os demais argumentos dos precedentes anteriores.

5.2.5. Suspensão do julgamento e voto-vista do Ministro Ayres Britto

Após o voto da Ministra Carmem Lúcia, o Ministro Joaquim Barbosa também votou naquela sessão de julgamento¹⁵⁷, mas não apresentou qualquer argumentação acerca da matéria, limitando-se a acompanhar o voto do Ministro Eros Grau, sob a justificativa de que "a técnica da progressividade é um instrumento por excelência para aferição da capacidade contributiva". (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 46).

Em seguida, o Ministro Carlos Ayres Britto pediu vista dos autos e, assim como no julgamento do RE 423.768/SP analisado acima, devolveu mais de três anos mais tarde, sob a justificativa da relevância da matéria *sub judice*.

Ao iniciar seu voto, o Ministro Ayres Britto faz uma consideração de grande relevância para o caso e também para o presente trabalho: durante o julgamento da demanda, o art. 18 da Lei n. 8.821/89 questionado nos autos, que instituía alíquotas progressivas do

¹⁵⁷ Conforme extrato de ata: "Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), desprovendo o recurso, e os votos dos Senhores Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 17.09.2008." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 47).

ITCD, foi alterado pela Lei estadual n. 13.339/2009 que reestabeleceu alíquota única para aquele imposto¹⁵⁸.

Isso significa que houve uma mudança nos *factos materiais* que envolvem a questão. Afinal, tendo em vista se tratar de discussão que, em controle difuso, questiona a constitucionalidade de um dispositivo legal específico, sua modificação - justamente em relação à progressividade, cerne da discussão - poderia implicar em consequente perda de objeto da demanda.

Não obstante, o Ministro Ayres Britto argumenta que, apesar da referida alteração na técnica de aplicação das alíquotas (que deixaram de ser progressivas e voltaram a ser fixas), a legislação estadual previu eficácia retroativa da nova norma, de forma que a nova alíquota fixa de 4% poderia ser aplicada também a todas as transmissões ocorridas antes da vigência da nova lei, nas hipóteses em que a alíquota progressiva ultrapassasse esse percentual de 4%.¹⁵⁹ Por outro lado, a nova lei definiu que não caberia restituição ou compensação dos tributos que já tivessem sido pagos nos termos da norma anterior, ou seja, a referida retroatividade somente seria aplicável aos tributos que ainda não tivessem sido pagos.

Por essas razões, ou seja, pelo fato de a nova lei não admitir a restituição dos valores que foram pagos na vigência da norma anterior (ou seja, a norma que previa progressividade das alíquotas e que é objeto do presente Recurso Extraordinário), o Ministro Ayres Britto defende a "subsistência do interesse jurídico na causa, sobretudo diante do reconhecimento de sua repercussão geral." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, pp. 48-49)

Embora afastem-se um pouco do escopo desse trabalho, há questões decorrentes dessa alteração legislativa que merecem ser consideradas. Conforme demonstrado, o Estado do Rio Grande do Sul, como que em resposta às discussões suscitadas acerca da progressividade da alíquota do ITCD, modificou espontaneamente a própria legislação para retirar as alíquotas progressivas anteriores e estipular apenas uma alíquota fixa. Poderíamos incluir essa "resposta" do Poder Legislativo no contexto de "diálogo interinstitucional" que já abordamos

¹⁵⁸ "Art. 1º. Ficam introduzidas as seguintes modificações na Lei nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989:

(...) III - é dada nova redação ao art. 18, conforme segue: 'Art. 18 - Na transmissão *causa mortis*, a alíquota do imposto é 4% (quatro por cento).' " (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

¹⁵⁹ "Art. 2º - Fica estendida aos fatos geradores do Imposto sobre a Transmissão, '*Causa Mortis*' e Doação, de quaisquer bens ou direitos - ITCD -, ocorridos até a entrada em vigor desta Lei, a aplicação das alíquotas:

I - 4% (quatro por cento), sempre que a alíquota aplicável, em razão do disposto na legislação vigente até a entrada em vigor desta Lei, nos termos do art. 18 da Lei nº 8.821/1989, for superior a 4% (quatro por cento); [...]
§ 1º - O disposto neste artigo fica condicionado a que: a) o contribuinte solicite o benefício apresentando requerimento à repartição fazendária onde foi processada a avaliação; b) o contribuinte efetue o recolhimento do total do imposto devido até 30 de junho de 2010.

§ 2º - O disposto neste artigo não autoriza a restituição ou a compensação de importâncias pagas até a data de início de vigência desta Lei." (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

acima, vez que a alteração decorreu dos diversos questionamentos suscitados em relação à norma anterior (art. 18 da Lei n. 8.821/89) junto ao Poder Judiciário, mesmo que no momento da mudança ainda não tivesse tido um provimento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, ao invés de colocar "panos quentes" na discussão acerca da progressividade, a referida alteração legislativa suscitou ainda mais a necessidade de se discutir o problema: afinal, ao reestabelecer as alíquotas fixas para o ITCMD, a lei gaúcha não somente reduziu o percentual aplicável àqueles indivíduos que, pela progressividade, deveriam pagar mais que 4% sobre o montante tributável, mas também majorou a incidência tributária para aqueles indivíduos que pagavam percentuais mais baixos quando era possível a graduação com base no valor dos bens transferidos. Ou seja, embora a alteração legislativa tivesse acabado com a progressividade, a discussão acerca da necessidade de graduar os tributos segundo a capacidade contributiva, de forma a se buscar a isonomia tributária, continuou sendo - talvez ainda mais - cogente.

Quanto ao instrumento para ideal para sustentar essa discussão, no entanto, talvez não fosse o presente RE 562.045/RS. É que, por se tratar de discussão em controle *difuso* de constitucionalidade, em que não se discute a norma em tese, mas sua aplicabilidade no caso concreto, referida alteração legislativa - que modificou o dispositivo legal questionado - implicaria, a nosso ver, em perda de objeto daquela ação especificamente. Sobretudo porque os *factos materiais* que motivaram as partes litigantes e nortearam a argumentação jurídica no feito foram integralmente modificados.

Entendemos, portanto, que a revogação da norma estadual questionada, ocorrida antes do encerramento do julgamento, obrigaria à extinção do feito sem resolução do mérito por perda do objeto da ação, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil vigente (1973)¹⁶⁰.

De todo modo, tendo em vista que o Recurso Extraordinário 562.045/RS estava sendo julgado sob a sistemática da Repercussão Geral prevista pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, em razão da "multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia", os julgadores entenderam necessária a continuidade do julgamento para fins de consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria jurídica em

¹⁶⁰ "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;" (BRASIL, 1973).

discussão, conforme argumentos esposados pelo Ministro Ayres Britto no início de seu voto¹⁶¹.

Sendo assim, feitas essas considerações iniciais, partimos então para a análise do voto e da argumentação jurídica desenvolvida pelo Ministro Ayres Britto no contexto da teoria dos precedentes judiciais estudada.

Já de início, o Ministro Ayres Britto ressalta que a compatibilidade [fática] entre impostos reais e alíquotas progressivas teria sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 423.768/SP, quando analisou a progressividade do IPTU após as alterações sofridas pela EC 29/2000, conforme já tratamos acima.

Nesse contexto, reiterando grande parte do voto proferido naquele paradigma, o Ministro Ayres Britto argumenta que "a incompatibilidade entre impostos reais e pessoais é falsa premissa que responde pelo erro de conclusão", uma vez que "a relação jurídico-tributária é entre sujeitos de direitos (o tributante e o tributado), e não entre o sujeito tributante e o objeto da tributação", de forma que a capacidade contributiva pode (e deve) ser levada em consideração independente da classificação do imposto entre real ou pessoal. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, pp. 50-54).

Assim, o Ministro Ayres Britto defende que, por ser a progressividade uma das formas de se aferir a capacidade contributiva, é um instrumento hábil à concreção dos princípios da função social da propriedade, da justiça social-tributária e da isonomia, tão prezados em nosso ordenamento. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 55).

Além de mencionar – e reiterar – os argumentos esposados no RE 423.768/SP, o Ministro Ayres Britto ainda remete-se ao precedente firmado no RE 586.693/SP¹⁶², também

¹⁶¹ Destacamos que, se, diante desse contexto, a referida ação já encontra óbices para ser julgada com resolução do mérito, mais ressalvas ainda teria para se tornar um *precedente* com força normativa para vincular outras decisões, embora entendamos a relevância da matéria *sub judice* defendida pelos magistrados. É que, conforme vimos nos capítulos anteriores, a premissa máxima da teoria dos precedentes é a necessária vinculação ao caso concreto (*mootness principle*), pois são justamente os fatos materiais que compõem uma decisão judicial no momento de sua justificação é que vincularão um caso posterior no qual o precedente será aplicado.

¹⁶² Tratou-se de Recurso Extraordinário em que também se discutiu a inconstitucionalidade de lei municipal paulistana que havia instituído alíquotas progressivas para o IPTU. Naquela oportunidade, os julgadores invocaram o precedente do RE 423.768/SP, e por isso decidiram pela constitucionalidade da progressividade do IPTU após a EC n. 29/2000, conforme ementa: "NULIDADE – JULGAMENTO DE FUNDO – ARTIGO 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Quando for possível decidir a causa em favor da parte a quem beneficiaria a declaração de nulidade, cumpre fazê-lo, em atenção ao disposto no artigo 249, § 2º, do Código de Processo Civil, homenageando-se a economia e a celeridade processuais, ou seja, alcançar-se o máximo de eficácia da lei com o mínimo de atividade judicante, sobrepondo-se à forma a realidade. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – PROGRESSIVIDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 – LEI POSTERIOR. Surge legítima, sob o ângulo constitucional, lei a prever alíquotas diversas, presentes imóveis residenciais e comerciais, uma vez editada após a Emenda Constitucional nº 29/2000." (*Recurso Extraordinário 586.693/SP*, 2011, p. 126).

dotado de repercussão geral, no qual também teria sido afastada a ideia de incompatibilidade entre alíquotas progressivas e impostos reais. E, justamente nesse contexto de invocar os precedentes acerca da matéria, o Ministro Ayres Britto faz um importante confronto das *normas jurisprudenciais* extraídas dos referidos RE 423.768/SP e 586.693/SP e da Súmula n. 668 com o precedente anterior construído no RE 153.771/MG já esmiuçado nesse trabalho.

Em suas considerações, o magistrado argumenta que, como o entendimento anterior do STF (construído pelo RE 153.771/MG) não era somente pela incompatibilidade de progressividade para impostos reais mas, além disso, pela impossibilidade de instituir alíquotas progressivas *para o IPTU - especificamente* - que não fossem fundamentadas exclusivamente nas políticas de desenvolvimento urbano, então a edição da Emenda Constitucional n. 29/2000 teria sido necessária até mesmo para superação completa daquele precedente, o que se verifica pela conjugação da referida Súmula 668 com os RE 423.768/SP e 586.693/SP.

É que, conforme explica o Ministro, "ainda que se passasse a admitir a progressividade fiscal de impostos reais (tese finalmente acolhida por este Supremo Tribunal)" a questão ainda esbarraria nos argumentos de que, ao menos para o IPTU, só seria admitida a progressividade como instrumento de garantia da função social da propriedade urbana, motivo pelo qual entende que a Emenda Constitucional foi necessária não para reforçar a tese de que somente seria possível aplicar progressividade quando houvesse norma expressa, mas para garantir que o IPTU, de forma específica, "também poderia ser progressivo em razão do valor do imóvel". (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 57).

Aqui, vale reproduzir trecho da decisão em que o Ministro Ayres Britto analisa especificamente a *ratio decidendi* retirada do paradigma que pretende superar, qual seja, o RE 153.771/MG:

Daqui se seguem os dois fundamentos daquela decisão: 1) por ser um imposto real, o IPTU não admitiria progressividade de alíquotas com base na norma geral do § 1º do art. 145 da Magna Lei; e 2) a progressividade do IPTU, de caráter extrafiscal, decorria da conjugação do § 1º do art. 156 com o inciso II do § 4º do art. 182 da Constituição. Dispositivos, estes, que previam para o IPTU alíquotas progressivas exclusivamente como instrumento da política de desenvolvimento urbano. É dizer: no caso do IPTU, a própria Constituição originária impunha uma condição: a progressividade de alíquotas só poderia ocorrer como ferramenta de garantia de cumprimento da função social da propriedade urbana. Condição, esta, que não ficaria afastada mesmo que fosse admitida a progressividade fiscal de impostos reais. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 56).

E assim, considerando justamente a(s) referida(s) *ratio(ne) decidendi* extraída(s) daquele paradigma, é que o Ministro apresenta o caminho "evolutivo" em que se sustentam as razões de superação daquele entendimento anterior, conforme se vê:

Acontece – este é o ponto – que esta Casa de Justiça modificou sua jurisprudência para afastar a tese que serviu de primeiro fundamento daquele precedente. Passou a admitir a progressividade meramente fiscal de impostos reais. Donde se concluir que, sempre que possível, esses impostos devem ser progressivos na medida da capacidade contributiva, conforme o § 1º do art. 145 da Constituição. Todavia, no caso do IPTU, foi preciso que a EC nº 29 removesse o outro óbice à progressividade fiscal. Isso porque, segundo demonstramos, era a própria redação originária da Lei Maior que restringia a progressividade das alíquotas ao âmbito meramente extrafiscal. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 57).

Assim, feitos esses apontamentos, o Ministro Ayres Britto conclui que, tendo em vista que em relação ao ITCO não há qualquer norma que estabeleça condições à progressividade como havia para o IPTU, aí mesmo é que "a norma geral do § 1º do art. 145 passa a incidir pelo modo mais desembaraçado para, naturalmente, admitir a progressividade das alíquotas segundo a capacidade econômica do contribuinte". (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 57).

Aqui, nota-se, o Ministro Ayres Britto direciona sua argumentação em sentido diferente ao que os demais Ministros haviam feito até o momento: não supõe a incorreção do entendimento anterior para propor a sua superação mas, ao contrário, leva em consideração a *presunção de correção* dos precedentes que haviam sido construídos acerca da matéria. (SILVA, 2005).

Ou seja, considerando que os precedentes anteriores tinham *presunção de correção* no momento em que foram instituídos, o magistrado apresenta - argumentativamente - razões que implicariam na "*inconsistência sistêmica*" (MARINONI, 2013) daqueles precedentes no ordenamento jurídico e que, portanto, sugeririam a "ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente". (BUSTAMANTE, 2012, p. 338).

Por fim, quanto aos argumentos expostos até o momento, o que podemos inferir é que, pelo ponto de vista ampliativo que o Ministro Ayres Britto adota acerca do art. 145, § 1º da CR, a capacidade contributiva é aplicável a todos os impostos, exceto se houver norma constitucional que traga alguma restrição (como havia para o IPTU antes da EC 29/2000); ao contrário da interpretação restritiva do Ministro relator Ricardo Lewandowski, segundo o qual a capacidade contributiva pode até ser aplicável aos impostos reais, desde que haja norma constitucional expressa que o permita (como ocorre para o IPTU após a EC/2000).

5.2.6. Debate colegiado e Voto da Ministra Ellen Gracie

Logo após o Ministro Ayres Britto apresentar seu voto, iniciou-se um novo debate, dessa vez instigado pelos argumentos apresentados pelo referido Ministro que, para superar o precedente anterior, compara a anterior "exigência" de norma expressa que previsse a progressividade para o IPTU com a ausência de normas para os demais tributos, conforme detalhamos acima.

Nesse contexto, o Ministro Marco Aurélio inicia questionando o fato de que, em relação ao IPTU, a Constituição Federal sempre previu a possibilidade de se instituir alíquotas progressivas, ao contrário do ITCD, para o qual nunca houve previsão expressa de progressividade, nem mesmo na redação primitiva (anterior à EC 29/2000). Além disso, o Ministro Marco Aurélio questiona que, embora entenda pela progressividade para alguns impostos reais tais como o ITBI e o IPTU, teria dúvidas em relação ao ITCD, por supor que ao considerar o valor dos bens transmitidos a disciplina do ITCD acabaria por se assemelhar ao "Imposto sobre Grandes Fortunas". (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 58).

Corroborando com os questionamentos do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ricardo Lewandowski reitera seus argumentos anteriores, no sentido de que "a progressividade, em matéria de impostos de natureza real, só pode ocorrer quando expressamente prevista na Constituição." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 59).

Lewandowski afirma que, no caso do ITCD, não seria possível afirmar a capacidade econômica do indivíduo "que recebe uma herança, legado ou doação, ainda que de grande valor, apenas em razão de tal circunstância", e reitera mais algumas vezes que suas razões estão calcadas nos precedentes já estabelecidos pela Corte. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 60).

Em seguida, o Ministro Ayres Britto intervém afirmando que diverge do Ministro Lewandowski por entender que, interpretando o art. 145 § 1º da CF, a expressão "caráter pessoal" não seria utilizada pra classificar tributos em reais ou pessoais, mas apenas para determinar que os impostos busquem ao máximo o caráter pessoal.

Nesse momento, o Ministro Marco Aurélio contesta o Ministro Ayres Britto questionando que, se o referido art. 145 fosse mesmo suficiente, "não haveria a previsão expressa da progressividade quanto ao IPTU" e, mais que isso, não teria sido necessária a disciplina do tema como ocorreu com a Emenda 29/2000. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 60).

Ainda se aproveitando das inserções feitas pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Lewandowski reitera que, na mesma linha de raciocínio, entende que "toda vez que a Constituição quis emprestar a progressividade ou imprimir a progressividade aos impostos reais, ela o fez explicitamente", como por exemplo nos casos do IPTU e ITR. Assim, o Ministro relator argumenta que, se romperem com o referido entendimento (já consolidado na Corte), implicaria em vir admitir a progressividade a impostos que chamamos de "indiretos", tais como ISS e ICMS, bastando analisar a expressão monetária da base imponible, que funcionaria como critério de presunção da capacidade econômica do contribuinte. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 61).

Nota-se que, ao expor esse argumento, o próprio Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanha os precedentes da corte acerca da matéria, está ao mesmo tempo colocando em discussão os impactos de uma eventual superação do entendimento anterior, conferindo, portanto, maior legitimidade ao possível *overruling*.

Logo após o referido debate, a Ministra Ellen Gracie também apresenta seu voto, que já antecipa ser no sentido de acompanhar a divergência ao voto do relator. Inicia seus fundamentos já argumentando que a clássica distinção entre impostos reais e pessoais é apenas genérica, pois entende ser "perfeitamente possível que alguns impostos reais sejam pessoalizados" e que alguns impostos tradicionalmente classificados como pessoais sejam tratados de modo objetivo. Cita, como exemplos, (i) o Imposto de Renda que, embora em regra admita todas as circunstâncias particulares do contribuinte (capacidade econômica), pode eventualmente ter base de cálculo fixa¹⁶³, sem levar em conta a individualidade do contribuinte; (2) o IPTU que, embora seja classificado como imposto "real", admite uma certa personalização, como quando são dispensados de indivíduos que possuam apenas um imóvel, dentre outros exemplos. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 61).

No tocante ao ponto citado pelo Ministro Marco Aurélio acerca das distinções entre o imposto de transmissão de bens *causa mortis* (ITCD) e o *inter vivos* (ITBI), a Ministra Ellen Gracie afirma concordar que haja diferenças, mas entende que as diferenças se prestariam a justificar ainda mais a progressividade aplicada ao ITCD.

É que, conforme argumenta a Ministra, como no caso do ITCD ocorre uma transmissão a título gratuito (doação ou herança), sempre haverá um "engrandecimento do patrimônio do recipiente". Por outro lado, defende, no imposto *inter vivos* geralmente há

¹⁶³ Nesse caso a Ministra cita, como exemplo, as hipóteses em que o Imposto de Renda incide sobre as aplicações financeiras de fundos de investimento, em que há aplicação de "em que nenhuma circunstância pessoal do contribuinte é levada em conta, aplicando-se alíquota única, sem nenhum ajuste posterior." (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, pp. 65-66).

onerosidade, ou seja, paga-se pela aquisição do bem, de modo que a transmissão pode não significar acréscimo patrimonial e, portanto, não necessariamente será um signo de capacidade contributiva. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 63).

Para fundamentar seus argumentos, a Ministra Ellen Gracie colaciona doutrina de uma série de juristas que questionam a clássica distinção entre impostos reais e pessoais, os quais defendem, segundo alega a magistrada, que "a distinção está relacionada à consideração ou não das condições pessoais do contribuinte que possam influenciar na capacidade para pagamento do tributo", e não pelo fato gerador isoladamente considerado. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 65).

A ministra Ellen Gracie argumenta que, sob essa perspectiva – e considerando ainda que o art. 145, §1º da Constituição Federal faculta à administração identificar, sempre que possível, a capacidade econômica do contribuinte – poder-se-ia concluir que o ITCMD permite “mais que uma presunção indireta de capacidade contributiva”, uma vez que não incide somente sobre a propriedade de um bem “de característica estática e dissociada da situação do contribuinte” mas, ao contrário, incide sobre o real acréscimo patrimonial que a transmissão, a título gratuito, implica. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 67).

Assim, segundo afirma a Ministra, a incidência do ITCD implicaria em redução justamente daquele acréscimo patrimonial líquido sofrido pelo contribuinte, ou seja, o contribuinte teria que dispor, para fins de recolhimento do referido tributo, de nada além do próprio acréscimo percebido.

Nesse contexto, Ellen Gracie confronta o ITCD com o ITBI e afirma que, em relação a esse último, a capacidade contributiva é "meramente presumida, mas não necessariamente real", pois, segundo defende, "a simples operação de transferência não permite que se saiba qual a real disponibilidade do adquirente para pagamento do imposto" e, portanto, a revelação da capacidade contributiva estaria muito mais evidente no ITCD. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 68).

Com esses argumentos, e colacionando mais alguns excertos doutrinários, a Ministra Ellen Gracie conclui o seu voto para dar provimento ao recurso interposto e, assim, reconhecer a constitucionalidade das alíquotas progressivas instituídas para o ITCD pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Não obstante, devemos destacar, a argumentação final desenvolvida pela Ministra Ellen Gracie gera alguma confusão em relação à real *ratio* do seu entendimento, ou seja, quais foram os reais *factos materiais* que a levaram à referida conclusão. É que, ao expressar suas razões, a Ministra Ellen Gracie defende que o ITCD, pelas características demonstradas

acima, *não pode ser considerado um imposto real*, e por isso lhe poderia ser aplicada a progressividade, conforme trecho abaixo transcrito:

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. (Recurso Extraordinário 562.045/RS, 2013, p. 71, grifo nosso).

Ou seja, o que se poderia depreender da análise do trecho acima é que, para Ministra Ellen Gracie, seria possível aplicar a técnica da progressividade na incidência do ITCD, mas não pelo fundamento (*ratio*) de que se deva aplicar a capacidade contributiva a todos os impostos, independente de serem reais ou não, mas por entender que *o ITCD, especificamente, não possui caráter real*. Talvez por isso é que a referida Ministra faz a distinção do ITCD com o ITBI, dando a entender – ao que nos parece – que para este último não seria *sempre* possível aferir a capacidade contributiva.

De todo modo, considerando toda a argumentação desenvolvida ao longo do voto e não somente esse último trecho, entendemos que, para a Ministra Ellen Gracie, não há como se classificar impostos como reais ou pessoais, já que é possível atribuir caráter subjetivo – ou objetivo – a quaisquer impostos, de forma que a aplicação da capacidade contributiva a todos os impostos não depende dessa classificação.

5.2.7. Voto do Ministro Marco Aurélio

Logo após o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos, devolvidos quase dois anos mais tarde, na sessão de 06 de fevereiro de 2013, quando efetivamente se encerrou o julgamento do referido Recurso Extraordinário.

O magistrado inicia seu voto recapitulando os fatos materiais em julgamento e as decisões tomadas até então, mas conduz sua argumentação para um caminho completamente distinto do de todos os votos proferidos até então. Já de início, o Ministro Marco Aurélio informa não ver incompatibilidade entre o princípio da capacidade contributiva prevista no artigo 145§ 1º da Constituição Federal e a “aplicação da técnica da progressividade para os impostos reais, com vistas à realização da justiça tributária”. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 74).

Argumenta que vem mantendo essa posição – de que o caráter real ou pessoal do tributo não é impeditivo da progressão de alíquotas – em todos os precedentes do Tribunal acerca do tema (tais como nos casos já analisados anteriormente), mas que, por outro lado, entende que nem todo tributo esteja sujeito à mencionada técnica.

Segundo argumenta o Ministro Marco Aurélio, para definir se é possível aplicar ou não a progressividade aos impostos (sejam reais ou pessoais), “a questão deve ser analisada sob o ângulo da capacidade contributiva”, ou seja, deve ser considerada a disponibilidade econômica do indivíduo para contribuir para o Estado sem prejuízo da própria subsistência. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 75).

Considerando essa premissa, o Ministro Marco Aurélio argumenta em sentido diametralmente oposto ao da Ministra Ellen Gracie: para ele, um indivíduo que recebe uma herança ou doação, “por fato alheio à vontade” não necessariamente apresentará capacidade contributiva tal como um indivíduo que adquire um imóvel de “valor exorbitante”. Nesse contexto, o Ministro conclui que a progressividade do ITCD não observa a real situação patrimonial do sujeito passivo tal como o ITBI faria, e por isso “contraria, a um só tempo, o princípio da capacidade contributiva e o da isonomia tributária”. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 76).

A nosso ver, os argumentos apresentados pelo Ministro Marco Aurélio soam confusos e até contraditórios, pois, ao mesmo tempo em que admite a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todos os impostos – reais ou pessoais –, não admite a aplicação da técnica da progressividade a alguns especificamente, inobservando que, na realidade, a progressividade é apenas um desdobramento da própria capacidade contributiva¹⁶⁴. Um dos exemplos citados pelo Ministro Marco Aurélio – de que um herdeiro franciscano possa ser obrigado a pagar o mesmo valor de um tributo de um herdeiro argentário a depender dos bens recebidos por cada um deles¹⁶⁵ – apenas reforça essa contradição. Afinal, ao usar esse exemplo o Ministro ignora que, ainda que não se aplique a progressividade, pela simples

¹⁶⁴ Conforme esclarecem Flávio Bernardes e João Paulo Fanucchi, “compreende-se que progressividade é um mecanismo posto à disposição do legislador tributário, decorrente do princípio constitucional da capacidade contributiva, que tem como objetivo tributar progressivamente mais fontes de riquezas maiores, na busca da justiça fiscal” (2009, p. 68).

¹⁶⁵ Pelas palavras do Ministro Marco Aurélio: “Para esse tributo, mostra-se necessário algum grau de personalização na progressão das alíquotas. Sem a pessoalidade, haverá inevitavelmente injustiça. Tal como posta, a legislação estadual permite, por exemplo, que herdeiros, legatários ou donatários em situação econômica absolutamente distinta – um franciscano e outro argentário – sejam compelidos ao pagamento de igual valor do tributo, que poderá ser elevadíssimo, a depender dos bens recebidos. Essa óptica contrária, a um só tempo, o princípio da capacidade contributiva e o da isonomia tributária.” (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 76).

proporcionalidade ocorreria a mesma situação, já que a alíquota – fixa ou progressiva – incidiria sobre a mesma base de cálculo.

Para corroborar sua interpretação, o Ministro Marco Aurélio se vale de alguns outros argumentos que teoricamente justificariam o entendimento pela inconstitucionalidade da progressividade do ITCD, tais como (i) o de que eventualmente pode ser necessário que o herdeiro ou legatário precise realizar a venda antecipada de alguns dos bens da herança para pagar o tributo, (ii) ou de que um indivíduo pudesse vir a renunciar à herança para evitar a sujeição tributária “deixando abertas as portas para a expropriação patrimonial por vias transversas”, (iii) ou, ainda, de que a progressividade do ITCD poderia implicar em implementação, “de forma diferida”, do Imposto sobre Grandes Fortunas previsto pelo art. 153, VII da CF/88 (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 76).

Quanto a esses argumentos, além de discordarmos no mérito¹⁶⁶, entendemos se tratar de fundamentos do tipo *obiter dictum*, porquanto se manifestam como discursos marginais ao julgado que não integram os *factos materiais* necessários à construção da norma jurisprudencial, ou seja, são argumentos não autoritativos que não foram determinantes para a conclusão do julgador (BUSTAMANTE, 2012; NUNES, 2013; MARINONI, 2013).

¹⁶⁶ Discordamos, no mérito, por diversas razões: (i) a uma, porque certamente não será a alíquota instituída de forma progressiva que desencadeará eventual necessidade de um herdeiro vender bens para pagar o imposto incidente. Afinal, como vimos, embora a presunção *objetiva* de riqueza baseada no bem/herança recebida realmente não leve em consideração as características pessoais do contribuinte, tal característica é natural do próprio fato gerador do tributo (GODOI, 2011), e nada tem a ver com a progressividade. Mesmo quando a alíquota é calculada pelo critério da proporcionalidade tal fato poderá eventualmente ocorrer, exatamente da mesma maneira. O fato é que a legislação tributária precisa definir os signos de riqueza sobre os quais incidirão tributos, e a transmissão de bens a título gratuito (por *causa mortis* ou por doação) é um forte signo presuntivo de riqueza; (ii) quanto ao segundo argumento utilizado pelo Ministro Marco Aurélio, entendemos absolutamente retórico e descomedido: ora, o fato de eventualmente (pois realmente a situação hipotética apresentada pelo Ministro é bem pouco provável de ocorrer ao *homem médio*) algum herdeiro renunciar à herança para evitar o pagamento de tributo não pode ser enxergado de outra forma que não o mais pleno exercício de uma liberdade, e nada além disso. Afinal, a simples incidência tributária não tem qualquer natureza expropriatória, porquanto sempre será limitada (seja ela proporcional ou progressiva) pelo princípio do não-confisco; (iii) por fim, quanto ao último argumento, a instituição da progressividade no ITCD também não guarda qualquer relação mínima com o Imposto Sobre Grandes Fortunas – IGF. Embora o Ministro Marco Aurélio não tenha apresentado quaisquer fundamentos que justifique referida interpretação, não restam dúvidas quanto às claras distinções entre ambos os impostos. Enquanto o ITCD incide sobre o acréscimo patrimonial, ou seja, sobre a *transmissão* de bens quando realizada a título gratuito (*causa mortis* ou doação), o IGF – caso instituído – incidiria sobre a *propriedade* de uma totalidade de bens e direitos de conteúdo econômico (tributação analítica), quando ultrapassassem um valor específico previamente definido em lei. (FERNANDES, 2005). Compará-los para alegar uma suposta “implementação de forma diferida” seria o mesmo que equiparar o ITBI, incidente sobre a transmissão de bens imóveis a título oneroso, ao IPTU ou ITR, incidente sobre a propriedade dos referidos bens imóveis, urbano e rural, respectivamente. O tributarista Marciano Seabra de Godoi, ao comentar o mesmo trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, esclarece que “o ITCMD supõe necessariamente um acréscimo patrimonial na pessoa do herdeiro, legatário ou donatário, o que não se verifica no imposto sobre grandes fortunas, em que se tributa um patrimônio estático, daí as alíquotas do imposto sobre grandes fortunas serem naturalmente muito inferiores à alíquota do imposto sobre heranças”. (GODOI, 2011, p. 111-112).

Afinal, como se nota pela própria argumentação do ministro, a ausência dos referidos fundamentos não modificaria a conclusão final do voto, que foi no sentido de desprover o Recurso Extraordinário, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual que instituiu alíquotas progressivas para o ITCD, mas, como reforça o próprio Ministro Marco Aurélio, com fundamento diferente ao do relator.

Segundo esclarece, Marco Aurélio não adere à interpretação do Ministro Ricardo Lewandowski de que somente poderia haver progressividade de impostos reais mediante autorização constitucional expressa, mas entende que “afronta o princípio da capacidade contributiva admitir a progressão de alíquotas na incidência do tributo sobre a sucessão causa mortis sem que haja qualquer consideração da situação econômica do sujeito passivo da obrigação tributária.” (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 77).

Conforme se pode notar pela conclusão transcrita acima, nos parece que o Ministro Marco Aurélio não entende possível que a base de cálculo – o montante tributável – do tributo seja um signo de capacidade contributiva por si só, e por isso seria insuficiente para nortear a graduação de alíquotas, de forma que seria necessário adentrar às questões pessoais do contribuinte para se aferir a real capacidade econômica.

Esse argumento, no entanto, também confrontaria com a aplicação da progressividade para os demais tributos tais como ITBI ou IPTU, os quais o Ministro Marco Aurélio julgou constitucionais nos precedentes RE 234.105 e RE 423.768, respectivamente. Ou seja, toda a argumentação desenvolvida pelo ministro Marco Aurélio no presente caso nos parece contraditória com suas próprias conclusões anteriores, e demonstra uma ausência de vinculação àquilo que chamamos de *autoprecedente*. (GASCÓN ABELLÁN *apud* BUSTAMANTE, 2012).

No mesmo sentido da conclusão a que chegamos acima, Marciano Seabra de Godoi, ao comentar o julgamento do RE 562.045 (que, naquela oportunidade ainda não tinha sido finalizado), manifesta surpresa com a hesitação do Ministro Marco Aurélio em acompanhar o voto do Ministro Ayres Britto, uma vez que no julgamento do RE 423.768, que tratava do IPTU progressivo, o Ministro Marco Aurélio já havia se posicionado em sentido oposto, pelo rompimento com a “dicotomia entre imposto real e pessoal” e pela aplicação da capacidade econômica a todos os impostos. (GODOI, 2011, p. 111).

Em relação à manifestação do Ministro Marco Aurélio de que, embora entenda pela inconstitucionalidade das alíquotas progressivas do ITCD, não concorda com o argumento do Ministro Lewandowski de que a progressividade de impostos reais necessita de autorização constitucional expressa, Godoi criteriosamente pontua:

Ora, se é assim, se o art. 145, parágrafo 1º da Constituição consente com – ou mesmo determina – a aplicação da capacidade econômica inclusive nos impostos ditos reais, e se a progressividade é uma consequência dessa aplicação, não faz sentido filiar-se ao ponto de vista tradicional de que a progressividade de alíquotas é algo excepcional que, por isso mesmo, só se permite quando autorizada expressa e especificamente no texto da Constituição.

Esse ponto de vista somente faz sentido para quem aceita a premissa de que a *regra* é que os impostos reais não podem se guiar pela capacidade econômica, e por isso a progressividade de alíquotas de impostos reais, sendo uma *exceção* àquela regra e ao art. 145, parágrafo 1º da Constituição, deve ser prevista expressa e especificamente no texto constitucional. (GODOI, 2011, 11).

Justamente por essas razões, por não haver uma linearidade e coerência no voto do Ministro Marco Aurélio, entendemos não ter sido possível extrair uma *ratio decidendi* clara do referido voto.

5.2.8. *Demais votos*

Após o voto do Ministro Marco Aurélio, votaram ainda na sessão de 06 de fevereiro de 2013 os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

O Ministro Teori, em um voto extremamente conciso e objetivo, decidiu pelo provimento do recurso para reconhecer a constitucionalidade da lei gaúcha que instituiu progressividade para o ITCD, sob o argumento de que a progressividade, tal como estabelecida,

não só não é incompatível como atende, de alguma forma, o princípio da capacidade contributiva que, como bem demonstraram os votos, especialmente do Ministro Ayres Britto e da Ministra Ellen Gracie, não é também incompatível com os chamados impostos reais. O princípio da capacidade contributiva deve ser aplicado a todos os impostos. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 78).

Conforme se nota, o Ministro Teori Zavascki remete em sua fundamentação aos argumentos desenvolvidos pelos Ministros Ayres Britto e Ellen Gracie (e não, por exemplo, à do Ministro Eros Grau), o que nos leva à conclusão de que a *ratio* extraída do voto do Ministro Teori também era a de que o princípio da capacidade contributiva – e a progressividade, como um instrumento deste – são aplicáveis a quaisquer impostos, classificados como reais ou pessoais.

O Ministro Gilmar Mendes, em seguida, também votou pela constitucionalidade da progressividade do ITCD no caso concreto. De início, demonstrou conhecer o precedente da Corte acerca do tema construído pelo RE 153.771/MG, cuja interpretação alega ter sido

“corrigida” pela via legislativa constitucional, pela Emenda 29/2000. Ou seja, pela interpretação do Ministro Gilmar Mendes, o referido precedente RE 153.771 já teria sido superado pela própria alteração legislativa decorrente da EC 29/2000, e não no momento daquele julgado – o que talvez justifique a ausência de esforço argumentativo do magistrado para, em seu voto, demonstrar a superação daquele entendimento.

Isso se confirma pelos argumentos seguintes apresentados pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual sempre teve

dificuldade de extrair aquele resultado, em toda a sua dimensão, porque significava dizer que, nesses chamados impostos de caráter real, a não ser que haja um pronunciamento claro do texto constitucional, não pode haver qualquer progressividade. O que significa, tendo em vista, inclusive, a amplitude do catálogo referente aos tributos, que o silêncio eloquente do constituinte é suficiente para vedar qualquer progressividade. Isso me pareceu um tanto quanto exagerado, tendo em vista inclusive a complexidade, as situações todas que se colocam. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 79).

Conforme se nota, o Ministro parece entender que o precedente anterior (RE 153.771) já estivesse superado desde a emenda constitucional, e por isso agora, ao argumentar, apenas corrobora com um suposto entendimento anterior.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes parece não conhecer (ou não se vincular a) toda a “história institucional” da Corte, já que, em diversas oportunidades posteriores à EC 29/2000, o STF se manteve manifestando – ainda que por meios equivocados, conforme analisamos acima – pela inaplicabilidade da progressividade a alguns impostos reais, como por exemplo, no caso da Súmula 656, do ITBI, editada em 2003.

Portanto, ainda que se entenda que aquele fundamento “sempre fosse exagerado/equivocado”, tal afirmação não basta para superá-lo, conforme vimos. É necessário que se desenvolva um trabalho argumentativo racional hábil a ultrapassar o entendimento anterior, demonstrando conhecê-lo não somente para confrontá-lo, mas para considerar todos os impactos da referida superação de entendimento ou, pela nomenclatura adotada pela doutrina dos precedentes, *overruling*.

O Ministro Gilmar Mendes tão pouco se preocupa com esse ônus argumentativo que sequer aborda as normas relacionadas ao princípio da capacidade contributiva em seu voto, limitando-se a alegar que o tema “tem relevo em toda a extensão”. Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes chega a sugerir sutilmente algum tipo de “desconfiança” em relação ao princípio da capacidade contributiva quando atrelado a questões “político-ideológicas”, mas

em seguida já informa que tal problema é corrigido pela ideia de “não-confiscatoriedade”, e, assim, não desenvolve qualquer argumento.

Desse modo, mesmo sem apresentar qualquer argumentação mais conclusiva, o Ministro Gilmar Mendes apoia-se no voto do Ministro Eros Grau para também reconhecer a constitucionalidade da progressividade aplicada sobre o ITCD do Estado do Espírito Santo.

Em seguida votou também o Ministro Celso de Mello que, no mesmo sentido da maioria, proveu o recurso, mas, assim como ocorreu no julgamento do RE 423.768, não proferiu voto escrito – ou, ao menos, não teve seu voto disponibilizado pelo STF.

5.3. Resultados alcançados após o julgamento: construção de novo entendimento ?

Conforme visto acima, o referido Recurso Extraordinário foi julgado procedente para, por maioria de votos, reconhecer a constitucionalidade das alíquotas progressivas estabelecidas pelo Estado do Rio Grande do Sul sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, conforme ementa abaixo transcrita:

Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: Progressividade de Alíquota de Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e Direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da Igualdade Material Tributária. Observância da Capacidade Contributiva. Recurso Extraordinário Provido. (*Recurso Extraordinário 562.045/RS*, 2013, p. 1).

Em relação ao mérito do julgamento, nota-se alguma divergência entre a doutrina que se dispôs a analisar a referida evolução jurisprudencial: Raphael Pereira da Silva observa que, apesar da “nítida mudança de paradigma”, “a Corte Federal se encontra a caminho de uma solução equivocada” pois, segundo entende o jurista prático, a progressividade das alíquotas “não é uma imposição inafastável do princípio da capacidade contributiva”, que poderia ser plenamente resolvida pelo critério da proporcionalidade pelo qual a riqueza tributável variaria em razão da base de cálculo o que, pelo seu entendimento, atenderia plenamente ao critério isonômico de tratar desigualmente os desiguais. (SILVA, 2014, p. 101).

Marciano Seabra de Godoi, por sua vez, com interpretação em sentido diametralmente oposto – com a qual concordamos integralmente – anota que o Supremo Tribunal Federal parece começar a encarar a questão da progressividade *fiscal* dos tributos em consonância com “a opção ideológica da Constituição de 1988 em favor da redução das desigualdades materiais”. (GODOI, 2011, p. 112). Segundo defende o autor

o sistema tributário brasileiro é dos mais regressivos do mundo, e a orientação tomada pela composição anterior do STF no RE 153.771 bloqueava ainda mais as possibilidades de o sistema tributário vir a adquirir – sempre segundo a livre opção do legislador estadual e municipal – um caráter menos regressivo. Essa nova orientação nos parece que resgata as verdadeiras opções ideológicas da Constituição de 1988. (GODOI, 2011, p. 113).

Do ponto de vista do próprio julgamento e seus discursos de fundamentação e aplicação de normas jurídicas, importantes considerações devem ser feitas: embora nem todos os julgadores tenham desenvolvido um grande trabalho argumentativo racional em seus votos isolados como, por exemplo, os Ministros Joaquim Barbosa, Teori Zavascki e Celso de Mello, o fato é que, analisando todo o julgamento de uma forma ampla e geral, foram apresentados argumentos e contra-argumentos, seja de forma isolada, seja em meio de debates – situação pouco frequente, embora ideal em nossa corte constitucional – para a superação do precedente anterior.

De uma forma geral, entendemos que as teses se mostraram amplamente debatidas, tendo sido abordados, inclusive, os impactos da alteração de entendimento – o que se espera de uma decisão que implique em superação de entendimento anterior ou *overruling* – como ocorreu, por exemplo, no voto da Ministra Carmem Lúcia e no debate do próprio Ministro Lewandowski.

O que se percebe ao final é que, ao ser incitado a opinar novamente sobre a questão da progressividade em um imposto real - *diferente do IPTU* -, o Supremo Tribunal Federal passou a ter que analisar a temática por outra perspectiva já que, nesse caso, não havia outras normas expressas na Constituição às quais poderia atrelar os argumentos, como fizera no julgamento do *leading case* RE 153.771/MG.

Isso significa que, somente agora no julgamento do RE 562.045/RS é que a temática da progressividade sobre os impostos reais precisou ser efetivamente analisada *somente* sob a perspectiva pura da capacidade contributiva – o que, a nosso ver, não havia sido feito até então, conforme registramos ao longo da investigação – fato ao qual atribuímos a referida mudança de entendimento. Ou seja, pelo nosso entendimento, somente no julgamento do RE 562.045 é que o STF voltou a se debruçar especificamente sobre a relação da capacidade econômica com os impostos reais, de forma desvinculada das outras normas constitucionais.

Nesse ponto, inclusive, discordamos do Professor Alberto Macedo quanto à *ratio decidendi* adotada nos precedentes analisados e, sobretudo, no RE 153.771 e no RE 562.045. Segundo entende o referido autor

O mesmo dispositivo (art. 145, § 1º da CF) que em julgados anteriores fundamentou a interpretação de que a capacidade contributiva se limitava aos impostos pessoais, agora, visto de outra forma – a nosso ver, com acerto – fundamenta o entendimento de que a máxima de que a capacidade contributiva deva alcançar todos os impostos faz com que seja irrelevante a dicotomia entre os impostos reais e pessoais para fins de aplicação do princípio da progressividade (MACEDO, 2014, p. 290).

Nós, por outro lado, entendemos que justamente aí é que reside todo o deslinde da questão: o dispositivo que fundamentou a decisão do RE 153.771, que se tornou o *leading case* acerca da matéria, não foi somente o artigo 145, §1º da CF/88 isoladamente. Os demais dispositivos constitucionais identificados (art. 156, § 1º e 182, §§ 2º da CF/88) influenciaram sobremaneira a formação daquele precedente, e portanto deveriam ter sido considerados para a extração da *ratio decidendi* daquele caso paradigma.

De todo modo, considerando o entendimento capitaneado por Julius Stone e defendido por grande parte da doutrina dos precedentes judiciais, de que a verdadeira *ratio decidendi* será aquela acolhida pelo ordenamento e adotada pelo intérprete no momento de aplicação das *normas jurisprudenciais* (STONE, 2011), então é certo que, apesar da interpretação que fazemos do RE 153.771 *neste trabalho*, o entendimento que prevaleceu à época era a máxima clássica de que “*não se aplica a progressividade, fundamentada na capacidade contributiva, aos impostos classificados como reais*” e, portanto, essa é a *ratio* que precisava ser efetivamente enfrentada pelo tribunal para que se pudesse falar em real *overruling*.

Partindo dessa premissa, então, não há como se dizer que *não* tenha ocorrido *overruling* no caso em tela, já que o julgamento do RE 562.045 efetivamente enfrentou aquele entendimento e debruçou-se de forma argumentativo-racional.

Por fim, é certo que, após o julgamento do referido RE 562.045, uma regra jurisprudencial - qual seja, a de que não se deve aplicar progressividade sobre os impostos reais - "deixou de ser aplicada por não ser mais moralmente justificada dentro do ordenamento". (BUSTAMANTE, 2012).

Por esse motivo, entendemos ter ocorrido uma clara hipótese de *overruling* no caso em tela pois, como vimos, o que ocorreu nesse caso não foi exatamente a "perda da autoridade da norma jurisprudencial criada pelo precedente", mas a superação - argumentativamente racional/moral - de sua justificação.

Diante dessa conclusão, cabe-nos indagar o seguinte: tendo em vista a ocorrência de clara superação do entendimento (*overruling*) construído no RE 153.771 após o julgamento do RE 562.045, como ficam os demais julgados que foram fundamentados naquele

precedente? E as súmulas construídas em decorrência dos referidos paradigmas, sobretudo o RE 153.771?

Tais questionamentos que ora levantamos também assolam os juristas pátrios que chegaram a analisar os referidos julgados. Tanto Marciano Seabra de Godoi como Alberto Macedo manifestam-se expressamente pela perda de validade da Súmula 656, fundamentada no RE 153.771, conforme se vê:

Por isso consideramos que, por coerência com o que restou decidido no RE 423.768 (IPTU) e com o que muito provavelmente será decidido¹⁶⁷ por ampla maioria no RE 562.045 (ITCMD), o Tribunal em algum momento terá que rever sua Súmula 656, para passar a considerar constitucional a progressividade de alíquotas no caso do ITBI. (GODOI, 2011, p. 115).

Quanto ao IPTU, a mudança jurisprudencial advinda com a decisão no RE 562.045-RS apresenta-se irrelevante, haja vista a atual redação do § 1º do art. 156, trazido pela EC 29/2000; mas, no tocante ao ITBI, o fundamento que ainda sustentaria os precedentes que ensejaram o surgimento da Súmula 656 do STF, que se refere à vedação à progressividade de alíquotas pelo ITBI, esvaiu-se. (MACEDO, 2014, p. 291).

Assim como os autores mencionados acima, nós entendemos que a superação do entendimento construído no RE 153.771 implica, necessariamente, em superação das súmulas que o tiveram como precedente de fundamentação, sobretudo a Súmula 656 do STF.

Afinal, se as premissas apresentadas naquele *leading case*, as quais foram determinantes para a formação da Súmula em questão, foram combatidas e argumentativamente superadas em nosso sistema, então é certo que, invocando os princípios da coerência e segurança jurídica, as referidas súmulas também devem ser superadas.

Aliás, cumpre-nos destacar, mesmo aqueles juristas que, no mérito, discordaram da decisão proferida no RE 562.045, concordam que os efeitos da referida decisão, que supera (por *overruling*) o entendimento anteriormente firmado nos autos do RE 153.771, repercute também nas súmulas e outras decisões que tinham o referido *leading case* de 1996 como paradigma de fundamentação conforme se vê:

Por sua vez, a mudança de paradigma que vem sendo estabelecida no julgamento do RE nº 562.045, caso se confirme, trará enormes consequências no cenário legislativo nacional. Na prática, não só o próprio ITCD, mas todos os impostos diretos passarão a adotar a previsão de alíquotas progressivas, em um efeito cascata decorrente do entendimento perfilhado, de que o princípio é aplicável a todos os tributos e autoriza, por si só, a progressividade (SILVA, 2014, p. 102).

¹⁶⁷ Destacamos que, no momento em que o Prof. Marciano analisou o referido julgado, em meados de 2011, o Ministro Marco Aurélio havia pedido vista dos autos e, portanto, o julgamento ainda não havia sido finalizado (embora o resultado parcial já fosse 6 x 1 pela constitucionalidade da progressividade do ITCD).

Diante disso, embora a referida decisão tenha se mostrado uma *evolução* do próprio sistema jurídico, já que representou uma alteração de entendimento¹⁶⁸ (*overruling*) devidamente submetida a debate argumentativo, contraposição de teses, avaliação dos impactos da possível modificação de entendimento no ordenamento, tal como se espera de um sistema que respeite seus próprios precedentes; por outro lado, a manutenção da Súmula 656 vigente em nosso sistema caminha em sentido diametralmente oposto quanto à segurança jurídica tão almejada.

Afinal, enquanto vigerem no ordenamento duas *normas jurisprudenciais*, produzidas pelo *mesmo* Tribunal, mas com *ratione decidendi* absolutamente opostas, todo o esforço argumentativo para trazer estabilidade e coerência para o sistema terá sido sumariamente desperdiçado.

O cenário ideal para isso seria que o próprio STF determinasse o cancelamento/revisão da Súmula 656, uma vez que, para as referidas súmulas de caráter meramente persuasivo, a sociedade civil não possui meios de propor sua edição, revisão ou cancelamento, tal como ocorre com as Súmulas Vinculantes previstas pelo art. 103-A da CF/88, e regulamentadas pela Lei nº 11.417/2006¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Sem olvidar das considerações feitas anteriormente quanto à possível *ratio decidendi* que entendemos ter sido a “real” razão determinante na decisão proferida no RE. 153.771, conforme já demonstrado acima.

¹⁶⁹ Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2006).

6. CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento desse trabalho, no decorrer destes cinco capítulos, pode-se afirmar que a hipótese suscitada ainda na introdução restou ao fim confirmada: embora tenhamos um sistema cada vez mais tendente a reconhecer a força normativa aos precedentes judiciais, o que entendemos positivo para a garantia da estabilidade e evolução do direito, a carência de critérios e técnica na prática jurídica, tanto na formação quanto na aplicação das normas jurisprudenciais, tem gerado um cenário de incoerência e insegurança jurídica, no sentido diametralmente oposto ao que objetiva a doutrina normativa dos precedentes judiciais que adotamos.

Já de início, constatamos que, conforme parte da doutrina já vinha denunciando há algum tempo, tem ocorrido na contemporaneidade uma certa convergência entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*: ao mesmo tempo que os países que adotam a doutrina do *stare decisis* vêm recorrendo a institutos legais para buscar a solução de casos concretos e fundamentar suas decisões, os países de tradição continental de *civil law* vêm atribuindo, cada vez mais, uma força não somente persuasiva, mas eventualmente até vinculante aos precedentes judiciais.

Nesse contexto, verificamos que, conforme densamente desenvolvido pelos referenciais teóricos que adotamos nesse trabalho, independente das distinções estruturais que ainda subsistem entre os sistemas jurídicos de *civil e common law*, o modo subsuntivo de *raciocinar por precedentes judiciais* quando o intérprete está diante de uma situação em que precisa aplicá-lo, seria o mesmo em ambos os sistemas, o que justifica, portanto, a utilização de conceitos advindos das teoria do *stare decisis* para o nosso sistema jurídico – e também neste trabalho.

Constatamos também, pelo estudo dos institutos próprios da teoria dos precedentes judiciais, que o elemento que realmente vincula em um precedente judicial não é a fundamentação dada pelo intérprete julgador, mas os *atos materiais* que efetivamente influenciaram aquela decisão tomada, e sem os quais o resultado final do ato interpretativo não seria o mesmo. A esse elemento damos o nome de *ratio decidendi*.

Embora seja um trabalho árduo e algumas vezes inconclusivo, os intérpretes devem sempre buscar argumentativamente os fatos materiais e a(s) *ratio(ne) decidendi* daquele precedente que se pretende aplicar, para que não incorram em riscos de desencadear uma série de entendimentos jurisprudenciais equivocados e incoerentes entre si, como se verificou no caso concreto ora analisado.

Considerando que precedente judicial representa um *fato jurídico* que ocorre em qualquer lugar em que houver jurisdição, e cuja eficácia normativa e repercussão jurídica dependerá das normas que o direito positivo lhe imputar, verificamos no capítulo terceiro que o ordenamento jurídico brasileiro vem, cada vez mais, positivando normas que expressamente concedem força normativa aos chamados precedentes judiciais.

Muitas dessas normas previstas na legislação pátria, no entanto, não coadunam com os ideais de coerência, segurança jurídica e justiça formal os quais aspiram a Teoria dos Precedentes Judiciais que adotamos, porquanto ora impedem a fundamental individualização do direito nos casos concretos, como ocorre com as Súmulas (vinculantes ou não), que, devido ao seu alto grau de abstração, dificultam a análise dos casos concretos e *atos materiais* que lhes deram origem; ora violam a necessária evolução e construção do direito por meio das técnicas de afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) das normas jurisprudenciais, porquanto impedem a interposição de recursos contra decisões que estejam supostamente amparadas em precedentes judiciais, como por exemplo as chamadas “súmulas impeditivas de recurso”, previstas pelos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente.

Por outro lado, constatamos que o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015 - e que se encontra atualmente apenas aguardando o fim da *vacatio legis* - trouxe importantes inovações ao sistema de precedentes judiciais brasileiros, tais como a retirada das normas impeditivas de recursos, a introdução de normas que garantem expressamente a possibilidade de *distinguishing* nos incidentes de padronização decisória, e as normas que preveem a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, não somente para fins de aplicação de precedentes judiciais como fontes normativas, como para o afastamento de precedentes judiciais eventualmente invocado para o caso concreto (*distinguishing*), e sobretudo para a superação de precedentes judiciais construídos sobre determinada matéria, o que certamente requer um maior esforço argumentativo do intérprete.

Concluimos, nessa primeira parte, portanto, que em um sistema que valoriza uma doutrina dos precedentes e reconhece que as normas jurisprudenciais possuem poder normativo, deve haver preocupação não somente com a aplicação, mas também – e sobretudo - com a formação dos precedentes judiciais, tendo em vista que aquela *norma jurisprudencial* a ser construída irá influenciar as etapas posteriores na construção/evolução do direito, no chamado *romance em cadeia* de um sistema que preze pela segurança jurídica e coerência jurisprudencial.

E, para além disso, é fundamental que os juristas práticos e os tribunais não só conheçam os institutos, mas dominem as técnicas de justificação e aplicação de precedentes judiciais, de forma a garantir a integridade do sistema jurídico.

Concluimos, assim, que o problema de *extração* da *ratio decidendi* foi fortemente demonstrada nesse trabalho: enquanto no primeiro *leading case* se entendeu pela "impossibilidade de aplicar capacidade contributiva aos impostos reais", nós entendemos que foi justamente esse problema que gerou tantas mudanças de entendimento em tão pouco tempo. – ou seja, embora o ordenamento preveja normas de respeito aos precedentes judiciais, e os tribunais demonstrem boas intenções nesse sentido, a falta de técnica para fazê-lo pode desencadear um cenário de instabilidade e insegurança jurídica, em sentido contrário ao que a doutrina dos precedentes objetiva, o que se pôde constatar claramente no contexto apresentado, em que houve mudança de entendimento mais de quatro vezes em menos de cinco décadas.

Afinal, como vimos no caso, sob a égide da CF de 1946, que já previa expressamente em seu texto a capacidade contributiva como máxima principiológica, ou mesmo sob a égide da CF de 1967/1969, que sequer continha previsão expressa nesse sentido mas, conforme ensina Aliomar Baleeiro, trazia o teor normativo do referido princípio de forma implícita, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado algumas vezes pela aplicação da capacidade econômica a quaisquer impostos, sejam classificados como reais ou pessoais, como por exemplo nos julgados RE 69.784, de 1975.

Não obstante, verificamos que, com a promulgação da CR de 1988, não somente o princípio da capacidade contributiva retornou de forma expressa ao texto constitucional, mas também foram introduzidas outras normas que não encontravam correspondentes nas constituições anteriores como, por exemplo, os artigos 156, §1º (anterior à EC 29/2000) e o art. 182 §§ 2º e 4º, que previram a progressividade para alguns impostos – IPTU e ITR, respectivamente – com fundamento em critérios extrafiscais, tais como a função social da propriedade.

Em consequência disso, a primeira discussão relevante após a Constituição de 1988, que abordava o tema da progressividade de alíquotas dos impostos, acabou sendo invariavelmente atrelada ao teor dos referidos artigos 156 e 182 da CR/88, mesmo em se tratando de uma modalidade de progressividade diversa daquela prevista nos referidos artigos.

Independente das discussões de mérito, tal fato não encontra quaisquer óbices no contexto da teoria dos precedentes judiciais, uma vez que, conforme entendemos, os julgadores podem se valer de todo e qualquer *fato material* levado à discussão que seja capaz

de formar seu convencimento no processo de tomada de decisão, ou seja, no momento de *formação* de um precedente judicial. Portanto, o fato do STF atrelar a interpretação acerca da progressividade *fiscal* nos impostos reais às referidas normas constitucionais (arts. 156 e 182 da CF/88) não foi, a nosso ver, um problema de julgamento (não obstante discordamos da referida interpretação no mérito).

No entanto, não considerar referidas normas constitucionais (art. 156, §1º e 182, §§ 2º e 4º) como os principais *atos materiais* que nortearam aquela decisão foi, a nosso ver, o equívoco cometido pelos juristas que analisaram e aplicaram referido *precedente* como fundamento em outras decisões. Ou seja, o principal erro que identificamos na evolução jurisprudencial não foi na formação do precedente criado pelo RE 153.771, mas no processo de extração da *ratio decidendi* daquele precedente no momento de aplicá-lo como norma de fundamentação em casos posteriores. Dito em outras palavras, o principal *problema* que identificamos no caso em análise não foi no processo de justificação, mas de aplicação das normas jurisprudenciais formadas: (i) inicialmente, no RE 153.771, entendemos que a discussão não foi desenvolvida prioritariamente sob a lente do princípio da capacidade contributiva, porquanto os fundamentos determinantes para o deslinde do julgado foram aqueles relativos à modalidade *extrafiscal* da progressividade prevista nos arts. 156, §1º (vigente à época), c/c o art. 182 da CR; (ii) no julgado posterior, acerca do ITBI (RE 234.105), embora a corte estivesse fortemente vinculada ao *resultado* do julgamento do RE 153.771 que inadmitiu a graduação de alíquotas fundada capacidade contributiva ao IPTU, nota-se que a fundamentação do mérito, ou seja, a efetiva *ratio* do julgado, se deu em sentido oposto e a nosso ver não pode, de forma alguma, ser a de que “não cabe aplicação da capacidade contributiva aos impostos reais”. Afinal, nota-se que o acórdão do RE 234.105 vedou a aplicação da *progressividade* ao ITBI, mas, ao mesmo tempo, admitiu a aplicação da capacidade contributiva ao referido imposto pelo critério da proporcionalidade, além de em alguns votos mencionar a possibilidade de progressividade ao ITCD; (iii) já no caso do RE 423.768, que tratou do IPTU progressivo após a EC 29/2009, constatou-se que a *ratio* central da discussão voltou a ser a norma prevista no art. 156, § 1º da CR, agora alterada pela referida Emenda, e a eventual necessidade de previsão constitucional expressa para se aplicar a progressividade aos impostos reais, deixando novamente de lado a discussão acerca do princípio da capacidade econômica prevista no comando do art. 145, § 1º; (iv) somente com o julgamento do RE 562.045, que tratou de imposto diverso do IPTU, e que, portanto, já não havia mais vinculação à norma expressa dos arts. 156 c/c 182 da CR, é que o STF pôde

debruçar-se de forma mais exclusiva e profunda sobre o princípio da capacidade contributiva e sua aplicação aos impostos – sejam eles reais ou pessoais.

De forma geral, portanto, concluímos que um sistema jurídico que respeita os precedentes judiciais é capaz de promover maior previsibilidade, coerência e segurança jurídica, porquanto quanto maior for o respeito às decisões judiciais, maior terá que ser o esforço argumentativo para se chegar a um entendimento que desvie das decisões anteriores mas, por outro lado, é fundamental que as referidas decisões demonstrem onde se inserem no histórico de precedentes daquele sistema, ou seja, onde o "capítulo" escrito se insere naquele "romance em cadeia", de modo demonstrar o impacto daquele novo entendimento na jurisprudência anterior, viabilizando assim uma correta e mais coerente aplicação das normas jurisprudenciais.

Em matéria tributária a preocupação é ainda maior pois, como a grande maioria dos litígios envolvem de matéria essencialmente de direito e não tanto de fato, os precedentes judiciais construídos acabam assumindo uma força normativa ainda maior, pois impactam um número considerável de decisões.

De forma específica, as conclusões a que chegamos em relação ao caso concreto analisado, que tratou da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da capacidade contributiva aos impostos classificados como reais, algumas perguntas suscitadas ao longo da investigação devem ser agora respondidas:

- a. *É possível concluir que a ratio extraída do RE 153.771 era mesmo a de que não se aplica progressividade aos impostos reais, de forma geral?*

Pelo que pudemos inferir da análise mais detida dos fatos e fundamentos apresentados, *não necessariamente*. Conforme entendemos, essa foi a *ratio* extraída pelos aplicadores do direito *após* a construção daquele precedente, no momento em que foi selecionado como paradigma a ser aplicado em outros casos - o que é legítimo pela doutrina dos precedentes, conforme pudemos verificar inicialmente.

De todo modo, como a discussão acerca da progressividade *fiscal* naquele precedente sempre foi condicionada e relacionada às normas de progressividade *extrafiscal* aplicáveis ao IPTU, entendemos que não é possível afirmar que o resultado final do julgamento teria sido o mesmo caso se tratasse de outro imposto real. Afirmamos isso porque, como foi possível verificar ao longo do julgamento do RE 153.771/MG, alguns Ministros se mostraram absolutamente abertos à aplicação da capacidade contributiva para todos os impostos (independente da classificação entre reais e pessoais), enquanto vários outros sequer adentraram a discussão sobre essa temática,

porquanto concentraram a argumentação nas normas expressas previstas pelos artigos 156, §1º e 182 da Constituição Federal, de onde extraíram o entendimento de que somente naquelas hipóteses constitucionais expressas caberia aplicação da capacidade contributiva aos impostos ditas como *reais*. Isso nos faz crer que, se a argumentação desenvolvida no caso não estivesse atrelada às normas dos artigos 156, §1º e 182, talvez o resultado fosse diferente.

Tal fato fica ainda mais evidenciado quando analisamos todos os julgados posteriores, nos quais os Ministros por muitas vezes não conseguiram sustentar a absoluta impossibilidade de aplicação da capacidade contributiva a quaisquer impostos, embora quisessem se ater ao decidido no presente RE 153.771, e por isso acabaram incorrendo em diversas contradições, como no caso do RE 234.105, do ITBI, em que se sustentou a impossibilidade de aplicar capacidade contributiva aos impostos reais, mas, ao mesmo tempo, admitiu-se a aplicação da técnica da proporcionalidade - que também é uma forma de se aferir a capacidade contributiva - ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis.

Desse modo, portanto, embora a *ratio* de que "não se aplica progressividade fundada na capacidade econômica aos impostos reais" seja legítima, porquanto extraída *do* precedente pela comunidade jurídica à época, entendemos que não é possível determinar que teria sido necessariamente essa a *ratio* construída *no* referido precedente, porquanto o fato material que *efetivamente* vinculou a decisão judicial foi a previsão expressa dos arts. 156, §1º e 182 da Constituição Federal.

- b. *É possível afirmar que, com o julgamento do RE 423.768/SP houve overruling, no sentido de modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal? E com o julgamento do RE 562.045/RS?*

Até o julgamento do RE 423.768/SP, entendemos não ter ocorrido superação de entendimento, embora a Corte já estivesse demonstrando uma tendência a modificar a forma de compreender o art. 145, § 1º da CR/88. Isso porque não houve enfrentamento direto dos argumentos construídos no precedente RE 153.771/MG, mas, ao contrário, o que pareceu foi que a Corte "se esquivou" de enfrentá-los, criando uma regra de exceção (forma de *distinguishing*) ao não aplica-lo e nem superá-lo naquele caso concreto, em razão da alteração do texto constitucional promovida pela EC 29/2000. Na realidade, o julgamento do referido RE 423.768 apenas evidencia, a nosso ver, o quanto a Corte Constitucional estava atrelada à

previsão do art. 156 da CF ao julgar o *leading case* RE 153.771. Caso contrário, se a *ratio* inicial estivesse de fato atrelada ao princípio da capacidade contributiva prevista pelo art. 145, § 1º da CR/88, a alteração normativa promovida pela EC 29/2000 não teria qualquer interferência.

Já em relação ao RE 562.045/RS, entendemos ter realmente ocorrido uma superação (*overruling*) do entendimento anterior: apesar das discrepâncias de votos e de argumentação decorrentes de julgamentos *seriatim* tais como os do Supremo Tribunal Federal, nota-se que no referido julgamento a Corte se preocupou, de uma forma geral, em desenvolver um ônus argumentativo não somente no sentido de enfrentar o entendimento anterior, mas também de avaliar os impactos e consequências da referida mudança de entendimento.

c. *Diante da referida superação de entendimento (overruling), as Súmulas 656 e 668 continuam vigentes?*

Quanto à Súmula 656, tendo em vista que seu principal precedente de fundamentação, qual seja, o RE 153.771 foi superado, entendemos que não subsistem razões que justifiquem a manutenção da referida Súmula, que deve ser cancelada pelo STF, sob pena de trazer maior insegurança e incoerência ao sistema jurídico. Afinal, como argumentamos no capítulo anterior, a manutenção da referida Súmula 656 desencadeia a esdrúxula situação de vigir no ordenamento duas *normas jurisprudenciais* com previsões normativas opostas, mesmo que uma delas já tenha tido o seu principal precedente de fundamentação superado.

Já em relação à Súmula 668, entendemos que, como o seu teor foi apenas declaratório, pois não criou qualquer conteúdo normativo, e apenas declarou as consequências jurídicas da alteração promovida pela EC 29/2000, não há razões para que seja revogada.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulus. *The systematisation and interpretation of statutes: some thoughts on theoretical and practical legal science*. in *The Law in Philosophical Perspectives*, 1999, pp. 1-21.

ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca por uma cultura de precedentes* in: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 491-552.

ABRAHAM, Marcus. Common Law e os precedentes vinculantes na jurisprudência tributária. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*. v. 34.1, jan-jun 2014. p. 145-167.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*. **Ratio Juris**, 1990, pp. 130-147.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015> Acesso em: 09 out. 2015.

ATALIBA, Geraldo. IPTU - Progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, jan/mar. 1991.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. revista e complementada à luz da Constituição de 1988 por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARRETO, Aires; MARTINS, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº 29/2000 é inconstitucional. In: *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 80, São Paulo: Dialética, maio 2002, pp. 105-127.

BARROSO, Luis Roberto. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n.19, jan./jun. 2012, pp. 109-137.

BATISTA, Clayton Rafael. É possível a progressividade de alíquotas no ITCMD? In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 132, São Paulo: Dialética, set. 2006, pp.40-47.

BELO HORIZONTE (MG). **Lei municipal nº 5.641 de 22 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre os tributos cobrados pelo município de Belo Horizonte e contém outras providências.

Disponível em: < <http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BERNARDES, Flávio Couto; ALMEIDA MELO, João Paulo Fanucchi de. Aplicação do princípio constitucional da capacidade contributiva no ITBI. In: Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2009, p. 51-71.

BRASIL. (1943) Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm> Acesso em: 26 de agosto de 2015.

BRASIL (1951). Lei n.º 1533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1533impressao.htm> Acesso em: 22 de out. 2015.

BRASIL. (1973). Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 15 de out de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL (1990). Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm> Acesso em: 22 de out. 2015.

BRASIL. (1998). Lei n. 12.919, de 29 de junho de 1998. Dispõe sobre os concursos de ingresso e de remoção nos serviços notariais e de registro, previstos na Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.casacivil.mg.gov.br/images/documentos/lei_12919-1998.pdf> Acesso em: 10 de jul. de 2015.

BRASIL. (1998). Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm> Acesso em: 15 de ago. 2015.

BRASIL. (1999). Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 10 de jul. de 2015.

BRASIL. (2000). Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm> Acesso em: 12 de jul. de 2015.

BRASIL. (2004). Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm Acesso em: 12 de jul. de 2015.

BRASIL. (2006). Lei n. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm Acesso em: 21 de ago. de 2015.

BRASIL. (2006). Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11418.htm Acesso em: 21 de ago. de 2015.

BRASIL. (2008). Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm Acesso em: 22 de ago. de 2015.

BRASIL. (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 15 de out de 2015.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1982149-77.2000.8.13.0000. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (2001, 31 de outubro). Relator: Desembargador Amilar Campos Oliveira. Recuperado a partir de <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 15 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 129.280-6. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2010. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201000553538&dt_publicacao=29/11/2010 Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 572906/RS. Relator: Ministro Luiz Fux – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jun. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301262025&dt_publicacao=28/06/2004 Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Estatísticas, relatórios e resultados da Repercussão Geral. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp> Acesso em: 05/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 85185/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>> Acesso em 08 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3580/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 jul. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630141>> Acesso em: 21 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 115023/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4043751>> Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383-3/SP. Relator: Ministro Moreira Alves – Pleno. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 mai. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>> Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.771-0/MG. Relator: Carlos Velloso - Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 167.654/MG. Relator: Ministro Maurício Correa – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 abr. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216747>> Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 194.183/MG. Relator: Ministro Moreira Alves – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 set. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232948>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 227.033/SP. Relator: Ministro Moreira Alves – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251996>> Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 234.105/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 mar. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 252.044/SP. Relator: Ministro Moreira Alves – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 set. 1999.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251996> > Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 252.368/SP. Relator: Ministro Moreira Alves – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 set. 1999.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251996> > Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 423.768/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 dez. 2010.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622717> > Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 557.618/RS. Relator: Ricardo Lewandowski – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 fev. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039> > Acesso em: 05 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 562.045/RS. Relator: Ricardo Lewandowski – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 fev. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039> > Acesso em: 04 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 586.693/SP. Relator: Marco Aurélio Mello – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 jun. 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624412> > Acesso em: 04 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso Extraordinário n 562.045/RS. Relator: Ricardo Lewandowski – Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=512275> > Acesso em: 05 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 283. Sessão Plenária de 13/12/1963. **Imprensa Nacional**, p. 128, Brasília, 1964. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=283.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> > Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 574. Sessão Plenária de 15/12/1976. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 jan. 1977. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=574.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> > Acesso em 08 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 589. Sessão Plenária de 15/12/1976. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 jan. 1977. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=589.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 656. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=656.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 668. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=656.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 691. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=691.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 01 set. 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FUX, Luiz; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie, et.al. (org.) *Novas tendências do processo civil - estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança Jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 65-106.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *A Função da Jurisprudência no momento atual*. Trad. Isolde Favaretto. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1955.

CAPELLETTI, Mauro. Il Processo civile italiano nel quadro della contraposizione ‘civil law’ – ‘common law’ (Appunti storico-comparativi). In: *Annali della Università di Macerata*. v. XXVI, 1963.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMANDUCCI, Paolo (org.). *Sources of Law and legislation – Proceedings of the 17th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*. Bolonga, June 16-21, 1995, vol. III, pp. 177-185.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Relatório Justiça em Números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*, São Paulo: Dialética, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim.(Coord.) *Direito Jurisprudencial*. (pp. 97-132). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário: a separação dos poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo; TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). *Direito Tributário e a Constituição: homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 599-646.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*, São Paulo: Ed. Noeses, 2009a.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado.. In: Roberto Ferraz. (Org.). *Princípios e Limites da Tributação*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009b, v. II, p. 729-748.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A súmula vinculante no direito penal tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.037/ES. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 200, mai. 2012, pp. 78-94.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2015, v.2.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EVANS, Jim. "Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century." In: GOLDSTAIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford, Clarendon, pp. 35-75.

FERNANDES, Andre Luiz. Tributação sobre o patrimônio. O caso do imposto sobre grandes fortunas. *Revista de Direito Tributário da APET*, p. 13-36. 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FUNKEN, Katja. "The best of both worlds - the trend towards convergence of the Civil". In: *Law and the Common Law System*. 2003, pp. 1-34. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461> Acesso em 16 maio 2015.

GALGANO, Francesco. *L'interpretazione del precedente giudiziario*. In: VISINTINI, Giovanna. *Metodologia nello studio della Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Milão, 1999, pp. 215-237.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el argumento a contrario em la aplicación del Derecho*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001, n. 24, pp. 85-114.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. 1993. Madrid, Tecnos. (apud BUSTAMANTE, 2012).

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GODOI, Marciano Seabra de. *Crítica à jurisprudência atual do STF em matéria tributária*, São Paulo: Dialética, 2011.

GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho e FERRAZ, Luciano. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2014.

GOFF, Robert Lionel Archibald. The Future of the Common Law. In *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp 745-760. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=1526776&fileId=S0020589300061194>> Acesso em: 06 março de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira et al. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte*, v. 8, n. 16, p. 162-198, 1º sem. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 145, pp. 1-20, 1981.

MACCORMICK, Neil. (1941) *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de *Conrado Hubner Mendes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon. 1978.

MACCORMICK, Neil. *Precedent as a source of Law*. In: ATTWOOL, Elspeth.

MACCORMICK, Neil. "Can Stare Decisis be Abolished?" In: *Juridical Review*, 1996, pp. 197-213.

MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S (ed). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing, 1997.

MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: PERELEMAN, Chaim & FORIERS, P. *La motivation des décisions de Justice*. Bruxelas, Bruylant, pp. 16 – 194.

MACEDO, Alberto. A progressividade fiscal nos impostos sobre a propriedade e a decisão do STF sobre o ITCMD. In: TORRES, Heleno Taveira; PARISI, Fernanda Drummond e MELO, José Eduardo Soares (coords.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Professor Roque Antônio Carrazza*. v.2. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. O princípio da capacidade contributiva. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*, v. 14, 1989, pp. 124-126.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. v.1, São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Direito tributário nas súmulas do STF e do STJ*. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (projeto de) Novo Código de Processo Civil e a jurisprudência defensiva. In *Interesse Público*. n. 80, jul./ago. 2013, pp. 25-49.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O novo Código de Processo Civil e o Processo Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. 19º volume. São Paulo: Dialética, 2015a, pp. 163-178.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*. 4a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MANEIRA, Eduardo. Ativismo judicial e os seus reflexos em matéria tributária. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/publicacoes/artigos/ativismo-judicial-e-os-seus-reflexos-em-materia-tributaria/>>. Acesso em: 05 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Minas Gerais. 2007, p.11-60.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 49, 2009, p.11-58.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, João Vítor Nascimento. *Juridicidade e Justiça de Transição*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Capacidade Econômica e capacidade Contributiva. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*, vol. 14, 1989, pp. 42-50.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MATTEI, Ugo; ANTONIOLLI, Luisa & ROSSATO, Andrea. Comparative Law and Economics. In: *Università Degli Studi di Trento*. p. 505-538. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>> Acesso em: 23 maio 2015.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Orgs.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/pdf> > Acesso em: 25 jul. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 53-74.

MERRYMAN, John Henry. PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. In: Revista de Processo, REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 206, abr/2012, pp. 61-78.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho ; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: Fredie Didier Jr., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.3. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 3, p. 301-334.

NUNES, Dierle José Coelho. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela; e MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 62, jan./jun. 2013, pp. 179-208.

NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Editora Jus Podivm: Salvador, 2013, pp. 469-482.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. In: *Revista de Processo.*, vol. 199, set. 2011, pp. 41-82.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista TST*. vol. 79, n. 2, Brasília, abr/jun 2013, pp. 118-144.

PASTORE, Baldassare. *Identità del testo, interpretazione letterale e constestualismo nella prospettiva ermeneutica*. In: VELLUZZI, Vito (org.). **Significato letterale ed interpretazione del Diritto**. Turim, Giappichelli, 2000, pp. 137-166).

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. Orientações para elaboração de trabalhos científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a American Psychological Association (APA) e o Comitê Internacional de Editores de Revistas Médicas (VANCOUVER). Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca> Acesso em: 21 de março de 2015.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2010. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. (Trad. Alessandro Baratta). Milão: Giuffrè, 1962.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press Inc., 1979.

RIO GRANDE DO SUL. (2009) Lei estadual nº 13.337, de 30 de dezembro de 2009. Introduz modificações nos arts. 4º, II, "e" e "f", 7º, II, V, e VI, 18 e 19, da Lei nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989, que instituiu o Imposto sobre a Transmissão, "Causa Mortis" e Doação, de quaisquer bens ou direitos, no art. 11, IV, "g", e V, "v", da Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o Procedimento Tributário Administrativo, e no art. 3º, XXI, e Tabela de Incidência, Título VII, 10, da Lei nº 8.109, de 19 de dezembro de 1985, que dispõe sobre a Taxa de Serviços Diversos. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/.aspx>> Acesso em: 15 de out de 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, pp. 51-64.

ROSEN, Mark. What Has Happened to the Common Law? - Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development, In: *Wisconsin Law Review*. 1994, p. 1119-1286. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/530> Acesso em: 23 de maio de 2015.

SALGUERO, Manuel. **Argumentación Jurídica por Analogía**. Madri: Marcial Pons, 2002.

SANTOS, Amanda Duque dos. Justa tributação e uniformização da jurisprudência: a (in) capacidade econômica como argumento de exceção aos precedentes vinculantes. 2015. 241f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2015.

SÃO PAULO (SP). **Lei municipal nº 11.154 de 30 de dezembro de 1991**. Dispõe sobre o imposto sobre transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição, e dá outras providências.. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1115/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-transmissao-inter-vivos-a-qualquer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, vol. 24, winter 2007, p. 381-401.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Raphael Pereira Teixeira da. Constitucionalidade das alíquotas progressivas de ITCD face ao princípio da capacidade contributiva: o Recurso Extraordinário nº 562.045, *Revista Dialética de Direito Tributário* n., pp. 93-102.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 557-584.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

STONE, Julius. *The ratio of the ratio decidendi*. In: *Modern Law Review*, v. 22, 1959, pp. 597-620.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas, Vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes?* In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, v.5, esp. 171, out-dez. 2008, pp. 162-185.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, pp. 411-430. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista de processo*, São Paulo : Revista dos Tribunais, v.36, n.199, (set. 2011), p. 139-155.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em <[http:// http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/](http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/)>. Data de acesso: 05 de agosto de 2015.

TEIXEIRA, Alice. (2013). *A Repercussão Geral e os Recursos Repetitivos em matéria tributária: a técnica do caso modelo como forma de valorização do precedente e proteção da confiança do contribuinte*. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 189, nov. 2010, pp. 9-52.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. (2012). *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 11-96.

XAVIER, Alberto. Inconstitucionalidade dos tributos fixos por ofensa ao princípio da capacidade contributiva. In: V Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Separata da Revista de Direito Público – DRP, São Paulo, 1991.