



PRECEDENTES E DIREITO TRIBUTÁRIO: NOVA PERSPECTIVA DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

*Renato Lopes Becho**

Introdução

A Sociedade brasileira passa por uma imensa crise, cujas faces mais evidentes e comentadas são a econômica e a política. Contudo, a crise do direito, hoje, não fica atrás das já mencionadas, notadamente porque os problemas profundos de nossa Comunidade passaram a ser judicializados com notável intensidade. E o resultado tem sido decisões solipsistas, fruto de ativismo judicial sem precedentes, que leva ao declínio do Estado de Direito.

Nesse ambiente, merece aplausos o tema deste XIV Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET ser dedicado à “Racionalização do Sistema Tributário”, que envolve não apenas o repensar do Sistema Tributário que está na Constituição Federal e seu reflexo na legislação quanto à necessidade de racionalizarmos os processos e procedimentos de cobrança dos tributos. Nesse contexto, uma Mesa destinada a refletir sobre

1. Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Cooperativismo pela UNISINOS/RS. Mestre, doutor e professor de Direito Tributário na PUC/SP. Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Pesquisador visitante (pós-doutorado) no King's College, Londres. Juiz federal em São Paulo/SP.

“Segurança jurídica e relativização do sistema tributário” é motivo de esperança para aqueles que querem viver em um país mais justo, em uma sociedade mais equilibrada, sendo governado por autoridades públicas honestas e verem os processos julgados por juízes imparciais, porém submetidos ao Direito.

Nesse contexto, um dos grandes desafios dos pensadores do direito atual é estimular os julgadores, inclusive os componentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a aplicarem a legislação tributária aprovada pelo Congresso, inclusive quando isso significa negar os apelos das fazendas públicas, cuja atuação é um componente poderoso, na nossa área, para o afastamento do Estado de Direito em nosso país.

É nesse contexto que devemos ver a aplicação da doutrina do precedente judicial, de origem inglesa, trazida a nós pelo Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º. Poderemos ver, nela, algum alento, ao estimular a previsibilidade das decisões judiciais. Mas há que se destacar uma importante ferramenta que permite aos juízes de graus inferiores não aplicar decisões judiciais consideradas *per incuriam* (descuidadas), ainda que de cortes superiores. Antecipando o principal efeito, uma decisão descuidada **não gera precedentes** e, portanto, **não são de aplicação compulsória**.

É por esse motivo que será necessário estimular os julgadores a enfrentar todos os aspectos levantados no processo, prestigiando-se a Constituição Federal e as escolhas decididas pelo Poder Legislativo. Não é tarefa fácil, pois de um lado temos a crise política a solapar a crença nos políticos, e de outro o convite das fazendas públicas por decisões que lhes beneficiem, ainda que às custas do futuro do País.

1. Decisões judiciais que não aplicam inteiramente a legislação tributária

Quem começar a estudar ou refletir sobre o direito a partir da Constituição de 1988 vai imaginar que a fonte para as

decisões judiciais é a legislação. Afinal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, dita o inc. II do art. 5º. Em matéria tributária, a conclusão não seria diferente, pois é vedado aos entes tributantes “exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça” (art. 150, I). Se ele alcançar o significado do art. 146, verá que a Carta exige que uma lei complementar dirima eventuais conflitos de competência, regule as limitações ao poder de tributar e estipule normas gerais em matéria de legislação tributária (esta a principal atribuição do CTN), que devem ser seguidas e aplicadas indistintamente, tanto por servidores públicos de todos os níveis federativos quanto pelas pessoas físicas e jurídicas sujeitas à tributação, passando por legisladores e julgadores.

Todavia, o cotejo entre algumas leis e decisões judiciais a elas relacionadas coloca à prova a permanência do princípio da legalidade tributária entre nós. Vejamos, para ilustrar, três exemplos em que parece que a lei não foi aplicada pela jurisprudência, sem nenhuma justificativa aparente.

1.1 Contagem do prazo para a prescrição intercorrente em executivos fiscais

Estipula o artigo 40 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) que:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...]

§ 2º. Decorrido o prazo **máximo** de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. [destacamos]

Conforme se depreende da leitura do comando legal, simples e cristalino, após a decretação da suspensão do feito, o juiz e sua secretaria terão um prazo **máximo** de um ano para enviar o processo para o arquivo, dando correto cumprimento

à lei. Se a secretaria ou cartório judicial for ágil, os autos poderão ser mandados para o arquivo no dia seguinte à ciência dada ao exequente do despacho judicial. Se a secretaria ou cartório tiver grande acúmulo de feitos, o que não é incomum, ela terá um ano para cumprir a ordem do magistrado, **no máximo**, quando ainda estará agindo dentro dos estritos termos do estipulado pelo Congresso. A partir desse prazo, a serventia judicial passará a descumprir a lei.

Pois bem, compare-se o citado texto legal com a súmula n. 314 do eg. STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. Como se percebe, à evidência, os julgadores do Tribunal da Cidadania não se aperceberam, ou não quiseram aceitar, a palavra “máximo”, escrita pelo legislador no § 1º do art. 40 da LEF. Com isso, transformaram o prazo de cinco anos, que vinha estipulado desde o art. 174 do CTN para a prescrição em um prazo de seis anos para a prescrição intercorrente, concedendo um ano a mais para as procuradorias fazendárias e desprestigiando a Constituição, inclusive quando ela determina a obediência do princípio da eficiência administrativa, e a legislação em vigor. Indicamos que esse assunto parece ter sido reaberto pelo REsp 1.340.553/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, constituindo-se no tema n. 567 dos recursos repetitivos no STJ.

1.2 A responsabilidade tributária pela dissolução irregular de sociedade comercial

Rubens Gomes de Sousa queria que os sócios de empresas comerciais fossem integral e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas fiscais das pessoas jurídicas. Com isso, inscreveu no Anteprojeto de CTN a responsabilidade como **garantia** do crédito tributário. Ainda que tenha sofrido críticas (BECHO, 2014), assim manteve em seu Projeto de CTN. Contudo, conforme indicamos no item 1 deste estudo, não foi seu Projeto o aprovado pelo Congresso em 1966, mas um texto da Presidência da República,

muito próximo àquele, mas não igual. O ponto de divergência entre um e outro parece ser, justamente, a responsabilidade.

A responsabilidade tributária foi estipulada, pelo legislador, como **dever próprio**, desde que ocorridos os pressupostos fáticos para seu surgimento, e não como garantia do crédito tributário, conforme apontado. Pois bem, indo diretamente ao nosso ponto, confrontemos a súmula n. 435 do eg. STJ com o art. 135 do CTN que lhe daria, em tese, embasamento legal. Eis o que está na lei:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Agora vejamos o teor da súmula 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. Para haver a adequação da súmula com a lei, seria necessário que a dissolução de empresa gerasse obrigação tributária. Quando a dissolução fosse irregular, o responsável passaria a responder com essa obrigação (em outras palavras, **pelo fato gerador do tributo devido pela dissolução regular da empresa**). Como a dissolução de empresa não acarreta tributação, o descompasso da súmula com o CTN é evidente.

1.3 Interrupção da prescrição no ajuizamento da execução fiscal

O estudo detido dos dois exemplos acima seria suficiente para confirmar a assertiva de que nem sempre os julgadores

estão aplicando a legislação. Entretanto, um terceiro e mais flagrante descumprimento da lei, por parte da jurisprudência, é encontrável no REsp. 1.120.295/SP. Nele, o art. 174, § único, I, do CTN, foi afastado por *incoerência*, aplicando-se o § 1º do art. 219 do CPC então vigente.² Todavia, acaso os julgadores tivessem continuado a citação do art. 219 do CPC, notadamente seus §§ 3º e 4º, a decisão dada seria diferente e reverteria em favor do contribuinte. E veja-se que, até ao menos o mês anterior a esse julgado, as decisões oriundas do mesmo relator eram diversas, onde fica clara a escolha das alternativas legais disponíveis.³

2. "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. [...] 13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN). 14. O *Codex* Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional. [...] 17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC). [...] 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". STJ. 1ª Seção. REsp. 1.120.295-SP, Rel. Min. Luiz Fux. Un. J. 12/05/2010, publ. 21/05/2010.

3. "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO EX OFFICIO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE A MATÉRIA. DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ART. 174, DO CTN, ENGENDRADA PELA LC 118/2005. APLICAÇÃO IMEDIATA. NECESSIDADE. DATA DO DESPACHO. POSTERIOR A ALTERAÇÃO. DECORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE DA LEI. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. A obscuridade verifica-se pela impossibilidade *prima facie* de se extrair o alcance do julgado (Fux, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro. Forense. 2008. 4ª ed. pg.867), sendo mistér a retificação do julgado. 2. A prescrição, posto referir-se à ação, quando

O que aconteceu entre uma decisão e outra? Não foi uma alteração legislativa. Foi uma decisão judicial que **deixou de apreciar toda a lei** de regência, para encontrar uma solução judicial para um problema das procuradorias fazendárias, mas ao desamparo da competente decisão legislativa.

Com os três exemplos acima indicados, procuramos demonstrar que o CTN está deixando de ser uma referência para diversas decisões judiciais, especialmente algumas tomadas e refletidas nas súmulas do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Mas, conforme apontamos no início desse estudo, uma regra estipulada no novo CPC, bem como a aplicação da teoria do precedente, poderá permitir que os juízes, provocados

alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Egrégio STJ. 3. Originariamente, prevalecia o entendimento de que o artigo 40 da Lei n.º 6.830/80 não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código. 4. Nesse diapasão, a mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. 5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o artigo 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. [...]. 6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação. [...] 7. In casu, acórdão recorrido assentou que o despacho citatório ocorreu em SETEMBRO DE 1996. (fls. 57- verso). 8. Consectariamente, ressoa inequívoca a ocorrência da prescrição dos créditos decorrentes de ISS constituídos em 15.03.1996, porquanto decorrido o prazo prescricional quinquenal entre a data da constituição do crédito tributário e a prolação da sentença em janeiro de 2007, que decretou a prescrição ex officio, sendo que até então ainda não sido efetivada a citação. Desta feita impões a aplicação, nos termos da redação original do art. 174, § único, I, do CTN, uma vez que o despacho ordinatório da citação foi proferido antes da vigência da LC 118/05. 9. O recurso especial é inadmissível nos termos da Súmula n. 83 do STJ, in verbis: “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Entendimento que se aplica à hipótese da alínea “a” do permissivo constitucional [...]. 10. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos para sanar o aresto recorrido, contudo negar provimento ao recurso especial”. Embargos de declaração nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial 2007/0177156-2, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., un., j. 20/04/2010, publ. DJe 06/05/2010.

à exaustão pelos advogados, confirmam novamente ao CTN seu papel constitucional. Senão vejamos.

2. O novo CPC e a teoria dos precedentes

O Código de Processo Civil de 2015 inovou nosso ordenamento em diversos pontos. Para os fins deste estudo, destacamos seu art. 489, notadamente no seguinte:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

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

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.

Esses dois incisos positivam, entre nós, a doutrina ou teoria dos precedentes e justificam uma análise comparativa entre nosso ordenamento jurídico e o inglês, ainda que feito muito brevemente, mas cujo resultado poderá alterar o rumo da jurisprudência tributária.⁴

Nos países que adotam o sistema jurídico do *Civil Law*, a legislação é a principal fonte do direito. Conhecemos suas regras clássicas de interpretação, como a gramatical, a teleológica, a histórica e a sistemática, por exemplo. Também faz parte de nosso vocabulário e conhecimento técnico-jurídico a subsunção do fato à norma. E há elementos de interpretação razoavelmente novos, notadamente no ambiente do Direito Constitucional, como a interpretação conforme a Constituição.

4. Este item foi publicado, originalmente, no artigo “O desprestígio da lei em decisões ‘descuidadas’ no aniversário do CTN”, in *Revista da AASP*, n. 132, dezembro de 2016, p. 91 e s.

Todos esses dados e elementos interpretativos têm uma raiz comum: eles partem de textos aprovados por pessoas eleitas para tanto, como no caso da Constituição, surgida no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte.

Por outro lado, nos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law*, como a Inglaterra (seu berço), os Estados Unidos e outros que sofreram mais de perto a influência inglesa, a fonte primeira do direito é a jurisprudência. Nesse sistema, as decisões judiciais foram sendo construídas desde épocas imemoriais (BLACKSTONE, 1959, p. 25), quando aplicavam os princípios gerais de direito (como o *pacta sunt servanda*) e os costumes locais, e foi tomando corpo, notadamente a partir do Século XIII (CHURCHILL, 2015, p. 137).

No *Common Law*, no âmbito do que gostaríamos de destacar, a nomenclatura acima mencionada (interpretação sistemática, subsunção etc.) vai ser substituída por outras, relacionadas à decisão judicial anterior utilizada como paradigma para o julgamento, ou seja, o precedente. Por exemplo, a identificação de qual parte do julgado anterior contém a razão de decidir (*ratio decidendi*), que forma a própria regra jurídica (os “fundamentos determinantes” do citado inc. V do § 1º do art. 489); a parte que é relevante para o caso anterior (*obiter dictum*), mas que não gera precedente obrigatório (*binding*), ainda que tenha efeito persuasivo (*persuasive*), etc.

Essa teoria vai mencionar a aplicação (*applying*) da decisão anterior (“o caso sob julgamento se ajusta” ao precedente, conforme redação do citado inc. V do § 1º do art. 489), a “distinção” (*distinguishing*) do caso presente com o anterior (inc. VI, citado), a “superação do entendimento” (*overruling*) da decisão pretérita (inc. VI, citado) e outros, conforme veremos em seguida. É a esse conjunto de regras de hermenêutica que damos o nome de teoria do precedente. Vejamo-la.

A principal regra da teoria do precedente é a aplicação da decisão anterior ao caso presente, via analogia. Assim, identifica-se que, dados os mesmos aspectos fundamentais de um

acontecimento *sub judice* com os identificados em um julgado anterior, a decisão dada será a mesma que já fora firmada.

Com isso, confere-se segurança jurídica à sociedade, sendo que os precedentes podem ter sido firmados, na Inglaterra, na Idade Média, por exemplo. Assim, os operadores do direito têm condições de prever qual será o resultado de um julgamento, pois conhecem as decisões dadas para hipóteses similares. Acaso haja necessidade de mudança no entendimento consolidado, os julgadores ingleses deixam para o Parlamento tomar essa decisão.

Mas os pontos mais interessantes da teoria compõem a hipótese de o precedente não ser aplicado. Isso corre, na circunstância mais simples, quando não há precedente. Nesse caso, o julgador inglês deve aplicar o direito natural e os princípios gerais de direito para a solução da controvérsia. E pode ser que, no futuro, essa decisão vire um precedente.

A possibilidade teórica seguinte é a do precedente não permitir a analogia, pelas circunstâncias serem distintas, o que faz surgir a **distinção** entre o caso passado e o presente. Confira-se a explicação doutrinária:

Um precedente pode não ser considerado relevante para o caso a ser julgado, hipótese em que se diz que o precedente é distinguível. Ele pode ser considerado não relevante porque há um ou mais fatos materiais no prévio caso (operação considerada necessária pelas regras legais) que estão ausentes no caso presente ou porque há um ou mais fatos materiais no presente caso que não constavam no caso prévio (MANCHESTER e SALTER, 2011, p. 5).⁵

5. Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] a precedent may not be considered relevant to the case in hand, in which case the precedent is said to be distinguishable. It may not be considered relevant either because there is one or more material facts in the previous case (considered necessary for the operation of the legal rule) which are absent in the present case or because there is one or more material facts in the present case which are absent in the previous case”.

Chamamos a atenção para o fato de que, nas cortes inglesas, não é suficiente mencionar que os casos são diferentes. Espera-se que os juízes demonstrem, racionalmente, os pontos em que há dissonância entre a decisão anterior e a que está sendo apreciada. No CPC, a regra está no citado art. 489, § 1º, inc. V. De fato, esse texto considera não fundamentada decisão que deixe de “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Quando houver referido ajuste, estaremos diante do *applying*. Quando não, será o caso do *distinguishing*.

O próximo nível, mais complexo, é a **desaprovação** ou a **superação** do precedente, sendo o primeiro deles muito sutil: “Se o precedente é desaprovado, a regra legal estabelecida no caso anterior pode manter seu status como um precedente (apesar de poder ser indesejável que ele seja seguido em casos futuros)” (MANCHESTER e SALTER, 2011, p. 5).⁶ Já na *superação* (*overruling*) o julgado anterior deixa de valer para o caso presente e para o futuro. Confira-se:

Quando um precedente é superado, toda regra legal estabelecida no caso anterior cessa de ter efeito. (Superar um precedente de caso anterior não pode ser confundido com a reversão da decisão no caso, que ocorre quando uma corte superior *no mesmo processo* decide, em apelação, com uma decisão diferente daquela alcançada pela corte mais baixa). Pode não ser fácil afirmar se um precedente foi desaprovado ou superado (MANCHESTER e SALTER, 2011, p. 5).⁷

Como já indicamos, a “superação” consta no final do inc. VI do § 1º do citado art. 489 do CPC.

6. Tradução livre, nossa. No original consta: “If a precedent is disapproved, the legal rule established in the earlier case may retain its status as a precedent (although it may be unlikely it will be followed in future cases)”.

7. Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] where a precedent is overruled, any legal rule established in the earlier case ceases to have effect. (Overruling of a precedent in an earlier case should not be confused with reversing a decision in a case, which is where a higher court *in the same case* comes, on appeal, to a different decision to that reached by a lower court.) It may not always be easy to ascertain whether a precedent has been disapproved or overruled”.

Por fim, surge a situação extrema, que é o centro de nossas atenções: a decisão anterior considerada errada, ou descuidada (*per incuriam*), não gera precedente. Mas ver essa hipótese com mais vagar.

O conhecimento do direito, conforme Blackstone, deriva da experiência, do estudo e do longo costume de se aplicar as decisões judiciais de seus predecessores. É parte do *Common Law* que os juízes apliquem os precedentes, tanto nos aspectos procedimentais quanto de mérito, exceto quando há fortes motivos para não fazê-lo. Em suas palavras:

Também essas regras admitem exceção quando a decisão anterior for evidentemente contrária à razão. Mas em tais casos os novos juízes não fingem fazer uma nova lei, mas sustentam que a anterior foi uma deturpação. *Se for considerado que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, isso é declarado, não que a decisão anterior era ruim, mas que não era direito; isto é, que não era um direito costumeiro do reino, como foi erroneamente considerado* (BLACKSTONE, 1959, p. 26).⁸

Em outras palavras, o *Common Law* é baseado na razão e o que for flagrantemente contrário a ela não faz parte desse direito, ao contrário do que acontece nos países que adotam o *Civil Law*. Especificamente sobre decisões judiciais que descumprem esse princípio, Blackstone reforça:

A doutrina do direito então é essa: os precedentes e as regras têm que ser seguidas, a menos que flagrantemente absurdas ou injustas; ainda que suas razões não sejam óbvias à primeira vista, nós as mantemos como uma deferência aos tempos antigos e não supondo que eles agiram totalmente sem consideração. No geral, contudo, nós devemos aplicar a regra geral, “que as

8. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. If it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined”. Os destaques são nossos.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

decisões das cortes de justiça são, à evidência, o que é o *common law*” (BLACKSTONE, 1959, p. 26-27).⁹

Discutida teoricamente, a decisão paradigmática para afastar um precedente considerado *per incuriam*, em tempos modernos, somente foi dada em 1944 (MANCHESTER e SALTER, 2011, p. 18), em decisão assim exarada:

Corte de Apelação – Obrigação de seguir decisões prévias.

A Corte de Apelação está obrigada a seguir suas próprias decisões e aquelas de cortes de coordenada jurisdição, e o “plenário” está, nesse sentido, na mesma posição a respeito das divisões da corte compostas por três membros. As únicas exceções a esta regra são: – (1.) A corte é obrigada a decidir qual dentre duas de suas decisões conflitantes deve ser seguida; (2.) a corte é obrigada a se recusar a seguir uma decisão sua que, apesar de não expressamente superada, não poder, em sua opinião, ser mantida frente a uma decisão da Câmara dos Lordes; (3.) a corte não é obrigada a seguir uma decisão sua se considerar que a decisão foi dada *per incuriam*, por exemplo, onde uma lei ou uma regra que tenha o efeito de uma lei que poderia afetar a decisão não foi levada em consideração pela corte anteriormente.¹⁰

9. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Evidence of common law: judicial decisions – The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust: for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose they acted wholly without consideration. Upon the whole, however, we may take it as a general rule, “that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law””.

10. INGLATERRA. Corte de Apelação. *Young & Bristol Aeroplane Company Limited*. Julgado em 6, 7 e 8 de junho e 28 de julho de 1944. *UK Law Online*. Disponível em www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm. Consultado em 11.02.2016. Tradução livre, nossa. No original consta: “Court of Appeal – Obligation to follow previous decisions. The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the “full” court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: – (1.) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2.) the court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3.) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given *per incuriam*, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court”.

Nesse processo que, como indicado, é um marco na teoria do precedente, Lord Donaldson afirmou:

A importância da regra do *stare decisis* em relação às próprias decisões da Corte de Apelação, dificilmente podem ser exageradas. Nós, agora, às vezes, temos oito divisões [turmas ou sessões] e, sem essas regras, o direito poderá rapidamente vir a ser totalmente incerto. Contudo, a regra não é sem exceção, embora muito limitada... Todavia, esta Corte tem que ter muito fortes razões para considerar justificável não aplicar suas próprias decisões.¹¹

É esse espírito que deve ser buscado pela sociedade brasileira, notadamente após o Código de Processo Civil de 2015. Quando o Poder Judiciário deixar de levar em consideração uma decisão legislativa ou um precedente, em **decisão descuidada**, esse julgado não deve ser considerado como precedente e deve ser superado.¹²

3. Conclusão

Cada vez com maior frequência se localiza decisões judiciais, em matéria tributária, em que a legislação não é aplicada, notadamente quando o afastamento da lei é requerida pelas procuradorias fazendárias, em prejuízo para os contribuintes. Mas não somente esses perdem a lide, pois o afastamento do Estado de Direito afeta toda a Sociedade.

É necessário conscientizar os operadores do direito para que reduzam o ativismo judicial. E um dos caminhos possíveis é a utilização do art. 489, § 1º, incisos V e VI, do novo Código de Processo Civil, que trouxe para nosso ordenamento jurídico a

11. Tradução livre, nossa. No original consta: “The importance of the rule of *stare decisis* in relation to the Court of Appeal’s own decisions can hardly be overstated. We now sometimes sit in eight divisions and, in the absence of such a rule, the law would quickly become wholly uncertain. However, the rule is not without exceptions, albeit very limited... Nevertheless, this court must have very strong reasons if any departure from its own previous decisions is to be justifiable”.

12. Foi o quanto aplicamos em uma sentença que está publicada na *Revista do TRF/3R*, n. 132, jan./março de 2017, p. 419 e s.

teoria dos precedentes, proveniente da Inglaterra. Nela, destaca-se que os julgados *per incuriam*, ou **descuidados**, aqueles em que um texto legal ou mesmo outra decisão judicial pretérita relevante para o deslinde da causa não é considerada pelo Órgão Julgador. O efeito é que a decisão *per incuriam* não deve ser seguida. Tais decisões **não geram precedente e não são de aplicação compulsória** nos julgados subsequentes. Esse dado, aliado ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária, que é um alicerce na nossa Constituição Federal, pode trazer nossa sociedade, novamente, para dentro do Estado de Direito, fazendo com que as escolhas legislativas sejam novamente a principal fonte do Direito Tributário brasileiro.

Referências

BECHO, Renato Lopes. *Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. “O desprestígio da lei em decisões ‘descuidadas’ no aniversário do CTN”, in *Revista da AASP*, n. 132, dezembro de 2016, p. 91 e s.

_____. “Sentença”. *Revista do TRF/3R*, n. 132, jan./março de 2017, p. 419 e s.

BRASIL. Trabalhos da comissão especial do Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954.

CHURCHILL, Winston S. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956].

EHRlich, J. W. *Ehrlich’s Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959

INGLATERRA. Corte de Apelação. *Young & Bristol Aeroplane Company Limited*. Julgado em 6, 7 e 8 de junho e 28 de julho de 1944. *UK Law Online*. Disponível em www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm.



IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

MANCHESTER, Colin; SALTER, David. Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

1008

