

UM PÂNTANO PROCESSUAL-TRIBUTÁRIO, 15 ANOS DEPOIS: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES COOPERATIVO

*Marco Bruno Miranda Clementino*¹

*Lucas José Bezerra Pinto*²

INTRODUÇÃO

No ano de 2007, em artigo intitulado “Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil”³, ao qual se remete o leitor para uma análise mais detalhada das premissas das quais aqui se parte, além de definir o Poder Judiciário como órgão econômico, mediante o estudo de casos tributários, buscou-se esclarecer o fenômeno da

1. Doutor em Direito (UFPE). Professor da UFRN e Juiz Federal no Rio Grande do Norte. Formador de Magistrados da ENFAM.

2. Procurador Federal junto à Advocacia-Geral da União no Distrito Federal. Especialista em Processo Civil (Damásio/IBMEC) e Mestrando em Direito (UFRN).

3. CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Diagnóstico da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária no Brasil. Revista da Esmafe 13, 31-64, 2007.

imprevisibilidade da jurisprudência tributária em seu micro e macrocosmo: como se manifesta concretamente na prática judicial (microcosmo) para gerar repercussões econômicas em toda a realidade brasileira (macrocosmo).

Com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC de 2015), o legislador brasileiro buscou estruturar e procedimentalizar um sistema de precedentes exatamente para conter essa instabilidade jurisprudencial com a diminuição da imprevisibilidade judicial pela aplicação metodizada dos precedentes. No entanto, anos depois do CPC de 2015 e mais ainda do artigo de 2007, ainda persiste uma notória instabilidade jurisprudencial em matéria tributária com ônus de insegurança para toda a sociedade.

Este artigo tem por objetivo analisar, em diálogo com o trabalho publicado em 2007 e com a sistemática trazida pelo CPC de 2015, a identificação dessas novas razões (talvez nem tão novas assim) de permanência da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária no ordenamento brasileiro, oferecendo, mais ao final e após seu diagnóstico, perspectivas e encaminhamentos, legais ou jurisprudenciais, para a atenuação do problema.

Nada obstante o tema tenha sido tratado no passado, sua relevância perdura pela continuidade do problema-chave em outro contexto normativo: a instabilidade jurisprudencial ante o CPC de 2015. A conseqüente imprevisibilidade decisória, como já afirmado outrora e que se busca enfrentar, tem gerado graves repercussões econômicas, incertezas aos agentes econômicos e estatais, bem como ineficiência ao Poder judiciário.

Metodologicamente, parte-se de um breve estudo comparativo com o texto de 2007, lançando os pressupostos normativos que alteraram seu pano de fundo. Em seguida, faz-se o estudo de casos tributários recentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em cotejo com outros tribunais com o objetivo de demonstrar a permanência da instabilidade jurisprudencial após o CPC de 2015 e visando diagnosticar as razões de sua continuidade mesmo com a ascensão de um sistema de precedentes qualificados. No fim, propõem-se algumas soluções conjecturais para os problemas que emergiram.

1. 15 ANOS DEPOIS (DE 2007 A 2022): A CONTINUIDADE DA INSTABILIDADE JURISPRUDENCIAL EM MEIO A NOVOS MARCOS LEGAIS E VELHOS PROBLEMAS JURISPRUDENCIAIS

No texto de 2007, “Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil”⁴, Marco Bruno Miranda Clementino, um dos autores deste texto, ponderou sobre o papel do Poder Judiciário como instituição econômica especialmente ao julgar a matéria tributária. Nesse cenário, fez uma reflexão sobre como o fenômeno da imprevisibilidade jurisprudencial se forma, se desenvolve e se configura na prática judicial, determinando um conjunto de implicações decisórias que definem a realidade econômica brasileira, com efeitos para além dos portões do sistema de justiça. Nesse sentido, assim se discorreu:

Configurando o direito instrumento de regulação do todo social, sua relevância com a economia torna-se mais íntima dependendo do aspecto da realidade que constitui objeto da norma jurídica (...). Portanto, a figura do Poder Judiciário como instituição econômica se evidencia ainda mais em se tratando de matéria tributária (...). Esse é o tamanho do papel do Poder Judiciário numa economia como a brasileira. Com a volatilidade do capital no mundo globalizado, a exigência de instituições econômicas ágeis e estáveis é cada vez maior. Do contrário, o capital produtivo tende a se dissipar em direção a territórios que ofereçam condições mais vantajosas, aumentando a dependência (brasileira) ao capital especulativo.

Naquela ocasião, mediante o estudo de diferentes casos de natureza tributária⁵, demonstraram-se as repercussões da oscilação jurisprudencial nos confins econômicos, e residualmente nos âmbitos sociais e políticos, sobretudo com a constante colisão de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)

4. Idem.

5. Casos: 1 - abrangência da responsabilidade tributária dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado. 2 - prescrição e restituição de tributo declarado inconstitucional pelo STF. 3 - multa no parcelamento da denúncia espontânea. 4 - prescrição e tese dos “cinco mais cinco”.

e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seja entre eles, com outros tribunais ou mesmo na intimidade dessas próprias cortes, para depois evidenciar que esse fenômeno se reflete, em maior ou menor grau, em todas as instâncias do Poder Judiciário, mesmo quando se percebe a preocupação dos magistrados e magistradas brasileiras em evitar essas inconsistências.

Sob essa premissa, embora reconhecendo a naturalidade dessas flutuações decisórias e a origem dirigida das críticas em diversos ordenamentos, identificou-se a necessidade contextual de enfrentamento de suas principais causas, que seriam: a ausência de critérios normativos na utilização de precedentes jurisprudenciais como fundamento decisório e uma cultura judicial mais subjetivista e libertária (mais comum nos países de *civil law*), em detrimento de uma mais objetiva e igualitária (mais natural aos países de *common law*).

Entre 2007 e 2022, 15 (quinze) anos se passaram, leis surgiram e foram revogadas, precedentes foram firmados e alterados, e conquanto se possa afirmar alguns progressos na construção de um sistema judicial mais estável, íntegro e coerente, para se utilizar da nomenclatura dos princípios mais sensíveis à uniformidade decisória proclamados no marco legal mais robusto em prol desse objetivo, o CPC de 2015, a imprevisibilidade judicial permanece.

Com a ascensão de um sistema de precedentes obrigatórios, inclusive com mecanismos de controle específicos dessas oscilações jurisprudenciais, tanto à disposição das partes (como é o exemplo do elastecimento no uso da reclamação), como dos magistrados e tribunais (a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência), é fato que o ordenamento brasileiro se inclinou em favor da formação de um sistema judicial mais concordante e menos discricionário em suas decisões.

Paralelamente, a gradual superação do paradigma de um direito estritamente legal nos países de *civil law* (como o Brasil), num movimento de aproximação com o direito jurisprudencial insito aos países de *common law*, fez fluir naturalmente

as exigências jurídicas de isonomia e segurança, até então altamente identificadas com a legislação, para os precedentes, os quais foram definitivamente realocados como fontes do direito na teoria da decisão.

Assim, a insegurança jurídica passou a ser um desvalor substancialmente presente não apenas na decisão que não aplica a lei, mas igualmente naquela que não adota as motivações jurisprudenciais (a *ratio*) presente nos julgamentos de casos similares, principalmente quando deliberados por cortes superiores ou quando qualificados por sua natureza.

Por esse motivo, para além da simples internalização dos precedentes como técnica de fundamentação da decisão, os novos arcaouços legais, a exemplo do CPC de 2015, têm como objeto a estabilização e parametrização do emprego da jurisprudência, de modo a evitar a deturpação de seu uso como mera retórica decisionista, o que, evidentemente, aprofundaria a instabilidade decisória em vez de atenuá-la.

Como projetado há mais de uma década, a existência de um marco legal na utilização e na parametrização da jurisprudência como *standard* decisório foi, efetivamente, um salto na formação de um sistema que zela pela segurança jurídica e pela isonomia jurisdicional. Entretanto, também como diagnosticado naqueles anos, a simples regulamentação legal, não sendo a única causa dessas oscilações, também não seria a solução completa para esse problema vivido.

Por mais que a normatização seja um ponto de partida, a adoção de técnicas concreto-pragmáticas em substituição parcial a uma tradição lógico-dogmática na aplicação do direito não se operaria tão somente com a reconfiguração formal do *modus operandi* decisório, razão pela qual não é surpresa que a instabilidade jurisprudencial, ainda que em novas molduras e formatos, continue a gerar insegurança e difundir causas repetitivas pelo Judiciário.

De 2016 em diante, mesmo sob a vigência do CPC de 2015, não são poucos os exemplos de casos que, não muito diferente

do que ocorria antes desse ato normativo, são objeto de acentuada divergência entre as cortes, a fomentar perplexidades agudas nos agentes econômicos e estatais, o que não raramente conduz a comportamentos contraditórios e não-ótimos na alocação de esforços e recursos, privados ou públicos.

2. A IMPREVISIBILIDADE JUDICIÁRIA: ESTUDO DE CASOS APÓS CPC DE 2015.

Tal como há 15 (quinze) anos, o impacto da imprevisibilidade judiciária tem sido recorrentemente sentido na matéria tributária mesmo após a consolidação de um sistema de precedentes vinculantes desde o CPC de 2015. Nessa mais de meia década, não foram poucos os casos de entendimentos discrepantes entre o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e outros tribunais, nem mesmo de alterações de entendimentos consolidados no âmago de cada corte. Isso acontece em diferentes circunstâncias, como se pode exemplificar, em abordagem qualitativa, diversos temas julgados nos últimos anos em matéria tributária permitem diagnosticar.

2.1 Primeira hipótese: Alteração de entendimento sobre competência com reabertura da jurisprudência consolidada. Casos da contribuição previdenciária sobre terço de férias e salário-maternidade

Um dos exemplos mais ilustrativos não apenas das oscilações jurisprudenciais recentes em matéria tributária, mas da própria insegurança jurídica que circunda o complexo sistema tributário nacional é o das hipóteses de incidência da contribuição previdenciária patronal. Prevista no art. 195 da Constituição Federal como forma de custeio da Seguridade Social, o tributo incide sobre os ganhos recebidos pelos empregados e empregadores, de qualquer natureza, desde que pagos com habitualidade e retribuição direta à atividade laboral.

Ocorre que a remuneração pode ser composta de diferentes verbas, tais como férias, décimo terceiro salário, comissões,

adicionais, gratificações, horas-extras, diárias, dentre outros, o que atrai constantemente a necessidade de os tribunais delimitarem para cada uma delas, com base em sua construção conceitual por vezes contextual ou por vezes legal (mas ambos mutáveis com o passar do tempo), a incidência ou não do tributo.

Por assim ser, enquanto algumas espécies de verbas sofrem a sua incidência de modo claro (verbas remuneratórias clássicas) e outras são excluídas de sua incidência (verbas indenizatórias clássicas), há sempre aquelas dotadas de uma maior vagueza e que, por esse motivo, acabam atraindo decisões diversas com a formação de uma jurisprudência oscilante.

O caso da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o terço de férias é bem representativo das incertezas jurisprudenciais, mormente no que tange à competência para sua resolução. Nos idos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal (STF) reiteradamente se posicionava no sentido de que não lhe caberia a definição dessa incidência ante sua natureza infraconstitucional, atribuindo desse modo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência jurisdicional na delimitação sobre a matéria.

Nesse cenário, em 2016, em julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.230.957 (Tema 479), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a importância paga a título de terço constitucional de férias possuía natureza indenizatória (compensatória), não constituindo ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não seria possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo do empregador).

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), de maneira aparentemente contraditória com as anteriores manifestações, aceita analisar o alcance da expressão “folhas de salário” para fins de incidência de contribuição social (Tema 20), concluindo que ela incide sobre ganhos habituais do empregado, antes ou depois da emenda constitucional n. 20. Seguindo as premissas lançadas na decisão anterior, logo em 2018, a corte afeta o Recurso Extraordinário 1.072.485 (Tema 985). Em 2020, contrariando a jurisprudência dominante firmada até então, consolida a tese de

constitucionalidade da incidência de contribuição social sobre o valor pago a título de terço constitucional de férias.

Como se vê, houve uma dramática oscilação jurisprudencial sobre a questão entre os anos 2000 e 2020, ainda mais evidente entre 2016 e 2020. Se, num primeiro momento, a jurisprudência se inclinava para a infraconstitucionalidade da matéria, sendo assim decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recurso especial repetitivo, a não incidência tributária no terço de férias, pouco tempo depois, o Supremo Tribunal Federal (STF) revê sua tradicional posição e reabre uma discussão supostamente exaurida, afirmando o fundo constitucional da questão, para em seguida reverter os entendimentos consolidados sobre a matéria.

Do mesmo modo, algo similar aconteceu no julgamento da incidência da contribuição previdenciária sobre outra espécie de verba remuneratória: o salário-maternidade. Se, num primeiro momento, em 2014 (Recurso Especial 1.230.957), reputando a causa como de natureza infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu pela incidência da contribuição sobre o benefício, no julgamento do Recurso Extraordinário 576.967 (Tema 72 de repercussão geral), em 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), além de se entender competente para o julgamento da causa, definiu a inconstitucionalidade da incidência da contribuição sobre o salário-maternidade.

Enfim, como se não bastasse a complexidade da discussão da incidência ou não da contribuição previdenciária para as diferentes verbas que compõem a remuneração, para muitas delas a jurisprudência, mesmo após a ascensão dos novos postulados valorativos do CPC de 2015, flutua entre posições antagônicas sobre competência e conteúdo⁶. Assim, a dependência, seja

6. Sobre esse conflito de competência, Gruppenmacher e Feijó discorrem: “(...) constatável a sobreposição de atuações entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal quando decidem matéria tributária, e a avaliação dessa “zona de penumbra” é juridicamente negativa. Quando o STF e o STJ divergem sobre os limites de sua própria competência e decidem de forma contraditória a mesma matéria, essas cortes provocam uma insegurança sistêmica acerca da definitividade de

do contribuinte ou do fisco, se estende à indeterminabilidade jurisdicional em si, não apenas de suas emanções, rasgando duplamente o ideal de estabilidade almejado.

2.2 Segunda hipótese: Superação da jurisprudência consolidada de outras cortes. Caso da impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do CPRB

Também como causa da instabilidade jurisprudencial está a situação em que o Supremo Tribunal Federal (STF) contraria jurisprudência consolidada de outras cortes, superiores ou não. De certa forma, essa circunstância se assemelha à primeira hipótese, senão pela razão de que não há reabertura da discussão pela alteração de entendimento sobre competência, mas mera superação do decidido (e às vezes por anos) consolidado em outros tribunais.

Exemplo disso foi a oscilação jurisprudencial que precedeu a determinação do caso da possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB).

seus provimentos, enfraquecendo o caráter prescritivo do direito na função de orientador de condutas. Assim, perde-se a previsibilidade e a calculabilidade do direito. A atuação das cortes em questão tem demonstrado que essa colisão de precedentes decorre de um verdadeiro conflito de competência positivo. Assim, com o objetivo de minimizar os efeitos desse cenário, o presente estudo propõe ao intérprete-aplicador três diretrizes: (i) verificar a possibilidade, mediante interpretação sistemática, de harmonização dos precedentes, quando não há a superação expressa do precedente anterior; (ii) a modulação de efeitos em caráter geral, no leading case; (iii) no caso concreto, verificar se há elementos para proteção da confiança legítima do contribuinte. É necessário esclarecer, afinal, que o conflito de entendimentos entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, além de agredir os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, pode desestimular o crescimento econômico e o investimento de empresas transnacionais, em razão das incertezas que o sistema pode gerar”. GRUPENMACHER, Betina Treiger; FELJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan./abr. 2022. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979>. Acesso em: 23 de outubro de 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v67i1.81979>.

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar temática semelhante em 2017, no Recurso Extraordinário 574.706 (Tema 69), pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, indicava a mesma solução para a CPRB, de modo que inúmeros tribunais começaram, com base na *ratio* do tema 69, a excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição.

Isso levou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2019 a fixar, no Recurso Especial Repetitivo 1.638.772 (Tema 994), originalmente a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB. No entanto, em 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário 1.187.264 (Tema 1048), estabeleceu exatamente a tese contrária, consistente na constitucionalidade dessa inclusão.

Sem adentrar aspectos meritórios do julgado, a alteração da jurisprudência consolidada de outras cortes por tribunais de sobreposição, ainda mais quando já há, como no exemplo, precedente vinculante a respeito, malgrado faça parte de um sistema projetado hierarquicamente, mostra uma outra faceta da instabilidade jurisprudencial brasileira: a incerteza sobre a definitividade da jurisprudência que emana dos tribunais pela constante possibilidade de sua alteração nas cortes superiores, que possuem um amplo protagonismo nessa estrutura.

2.3 Terceira hipótese: Criação de exceção à jurisprudência consolidada. Caso da incidência de ICMS na revenda de veículos usados por locadoras de carro

Outro caso que chamou a atenção julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2020, foi a da legitimidade da incidência do ICMS na revenda de veículos usados por locadoras de carro, quando a revenda é realizada com menos de um ano da compra original. Isso porque, historicamente, aquela corte possuía precedentes no sentido que o ativo imobilizado, bens que se incorporam ao ativo da pessoa jurídica para que atinja suas finalidades, não se sujeitaria a essa

tributação (como o Recurso Extraordinário 176.626 e o Agravo Interno 835.104 Agr).

Essencialmente, até aquele momento, entendia-se que como as locadoras integravam em seu patrimônio os automóveis com o objetivo primário de locá-los, eventual revenda desse bem, uma vez antes incorporados aquele fim, não eram suscetíveis de tributação via ICMS. Entretanto, como exceção à regra, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 1.025.986, entendeu que, na hipótese, os bens automóveis reintroduzidos à circulação econômica com menos de um ano são mercadoria, logo sujeitas ao imposto.

Não obstante não se debata a correção material do julgado, há aqui também uma grave instabilidade jurisprudencial formada. É que, havendo antes uma regra geral a gerar expectativas aos seus destinatários, a criação posterior de uma exceção que a ressalva em hipóteses específicas e contextuais, sobretudo porque a *ratio* da decisão do caso está intimamente atrelada ao crescimento do faturamento das locadoras de veículo com a revenda dos carros usados, em concorrência com as montadoras e concessionárias, evidencia a imprevisibilidade jurisdicional.

Assim, se nos casos pretéritos a instabilidade se originou no fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) reconsiderar sua competência para apreciar a causa com a reabertura da discussão potencialmente exaurida ou desconstituir a jurisprudência firmada há anos por outras cortes, neste, embora tenha sempre reconhecido sua jurisdição e mesmo firmado posição geral sobre o tema, criou uma exceção fática a seus anteriores entendimentos sobre a questão.

2.4 Quarta hipótese: Alteração da própria jurisprudência consolidada da corte. Casos da contribuição dos inativos militares entre 1998 a 2003 e da retenção de bens importados até pagamento de impostos

Há igualmente na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária situações nas

quais, ainda que a corte sempre tenha reconhecido sua competência, altera-se sua jurisprudência pacífica, não em hipóteses específicas e contextuais, mas na própria regra geral de incidência do tributo ou de práticas tributárias de cobrança. Isto é, a corte simplesmente migra de um polo posicional para o outro, tornando ilícito o até então lícito e vice-versa.

Eis, resumidamente, as situações tanto do Recurso Extraordinário 596.701 (Tema 160) do Supremo Tribunal Federal (STF), que em 2020 entendeu pela possibilidade de contribuição previdenciária sobre pensões e proventos de militares inativos entre o período de vigência da Emenda Constitucional 20/98 e da Emenda Constitucional 41/03, bem como da retenção dos bens até o pagamento dos tributos incidentes na importação pela autoridade fiscal aduaneira, examinada no Recurso Extraordinário 1.090.591. É válido afirmar que em ambos os casos houve contrariedade aos precedentes anteriores, ainda que não vinculantes, da própria corte.

A hipótese revela, possivelmente, a forma mais gravosa de instabilidade jurisprudencial, porquanto, além da regra mudar para todos os seus destinatários, as expectativas estão depositadas na jurisprudência anterior do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), corte supostamente soberana na determinação de qualquer matéria. Dessa forma, seus julgados, ainda mais quando reiterados ou vinculantes, *prima facie*, deveriam representar a consolidação máxima da jurisprudência, pelo que o mais alto grau de instabilidade estaria exatamente na relativização desse pressuposto.

3. O PRINCÍPIO COOPERATIVO NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES DIALOGADO, ABERTO E PLURAL

Por que, mesmo com o surgimento de um sistema normativamente estruturada de precedentes, especialmente no CPC de 2015, que estabelece de princípios regentes a rol de precedentes qualificados (arts. 926 e 927), de procedimentos

para sua aplicação a procedimentos para sua formação (art. 932, 976 e seg., 1.036 e seg, etc.), ainda perdura essa grave instabilidade jurisprudencial na realidade brasileira?

Por mais que a indagação não comporte uma resposta simples, única e definitiva, a instabilidade jurisprudencial, umbilicalmente ligada à imprevisibilidade decisória no contexto judicial, parece ter raízes na tradição ou cultura jurídica brasileira, muito mais lógico-dogmática do que concreto-pragmática. Eis trecho do artigo de 2007, em que já se alertava sobre a necessidade de reconstrução filosófica das nossas concepções⁷:

Portanto, esse é o fator de desentendimento entre o Judiciário e a sociedade civil. O Judiciário não é imprevisível por razões de incompetência, de leviandade ou de má formação dos profissionais. O problema é estrutural, de fundamento, não do Judiciário como instituição, mas do próprio direito praticado no Brasil, um direito dogmáticos e não pragmático, um direito da lógica e não da construção de um sistema jurídico pela experiência.

Naquela oportunidade, embora se tenha sugerido a necessidade de estruturação dos precedentes no sistema legal brasileiro, o que viria a acontecer em 2015, também se salientou que o direito brasileiro possuía uma base lógico-filosófica kelseniana e, assim, neokantiana, de índole, portanto, mais abstrata e formal. Por excelência, essa formatação do pensamento jurídico acaba enveredando por vias mais reducionistas, as quais distanciam o direito da realidade.

A construção de um modelo normativo que alça a jurisprudência ao protagonismo e, assim, visa dotar o direito de um viés pragmático, acaba entrando em choque com a essência da cultura jurídica brasileira, que tradicionalmente sempre valorizou mais o processo de construção, desenvolvimento e contraposição livre de conceitos, isto é, a liberdade decisória, do que sua fixação, parametrização e reprodução, ou seja, a isonomia decisória.

7. Op. Cit.

Desse modo, mesmo que se tenha um arcabouço legal que operacionaliza a utilização dos precedentes, ainda se os utiliza como *standards* flexíveis, sujeitos a reinterpretações e reconstruções contínuas de sentido, em detrimento de sua função primária de suporte à igualdade jurisdicional. Por isso, percebe-se a mutação da jurisprudência pela alteração de entendimento sobre a competência da matéria (primeira hipótese), pela reavaliação do entendimento de outras cortes (segunda hipótese), pela criação de exceções a regra geral antes fixada (terceira hipótese) e mesmo pela alteração da regra geral sobre a matéria (quarta hipótese).

Todas as hipóteses, é interessante observar, ocorrem pela predileção pelo valor da liberdade decisória em detrimento da isonomia decisória, contrapondo, como acima se disse, os modelos normativos e filosóficos brasileiros.

Evidentemente, essa mudança do paradigma jurídico brasileiro não seria um processo instantâneo pela reestruturação normativa realizada, talvez sequer seja propriamente impositivo. Contudo, se há a mínima pretensão a que a insegurança jurídica legal não apenas se transmude numa insegurança jurídica jurisprudencial, bem assim que o sistema de precedentes se preste à finalidade de sua concepção, é necessário que se comece a tecer os caminhos de transformação da consciência jurídica brasileira, ainda que com novos marcos legais a condicioná-la.

É necessário, nesse sentido, trazer o princípio cooperativo como fundamento para essa mudança. E, assim, não somente como um ideal incidente entre as partes ou entre as partes e o juízo processante, mas igualmente na intimidade do próprio Poder Judiciário. Afinal, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (art. 6º do CPC), bem assim “aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o

dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores” (art. 67 do CPC e seguintes).

Disso decorre que cabe ao próprio Poder Judiciário, na invocação do princípio cooperativo, ressignificar o sistema de precedentes mediante uma atuação colaborativa de seus agentes na inibição dessas nocivas instabilidades jurisprudenciais, qualificando-o como um sistema de precedentes dialogado e cooperativo. Não é suficiente, por outro lado, a existência de um sistema de precedentes vinculantes em déficit cooperativo, porque, como se extrai das situações observadas:

- 1) em um sistema jurídico com uma Constituição analítica e muitas leis, é dificultoso, até mesmo para as cortes superiores, saber quem possuirá a competência final, a última palavra sobre a matéria;
- 2) o precedente vinculante, por mais que obrigatório, sempre poderá ser rediscutido em sua regra geral pelo tribunal superior que é competente para a apreciação da matéria;
- 3) o precedente vinculante sempre comportará rediscussões contextuais ou casuísticas, pelas cortes superiores ou inferiores, com a criação de regras específicas que excepcionam a regra geral.

Nesse sentido, um sistema de precedentes vinculantes em um contexto de liberdade e isolamento decisório, como o que hoje ocorre, somente levará a uma constante definição, redefinição, especificação, reavaliação e reinterpretção dos temas decididos, o que, por sua vez, fomenta a instabilidade jurisprudencial, perdendo-se até mesmo o sentido da migração de um sistema legal para um jurisprudencial. Desse modo, paralelamente, e até mesmo para que haja a consolidação do sistema de precedentes vinculantes, há de ser esboçado um sistema de precedentes dialogado, fundado no dever processual de cooperação, cujo principal objetivo é a estabilidade jurisprudencial, com a inversão da equação liberdade-isonomia decisória.

Esse sistema dialogado, pela própria tradição brasileira, possivelmente poderia partir da própria lei, com alterações que incrementariam essa maior dialeticidade na construção dos precedentes obrigatórios e sua perenização pela colocação de condições de revisitação. Porém, não se vê qualquer prejuízo de que essas modificações ocorram pela própria formulação jurisprudencial cooperativa, uma vez que objetivam consolidar os novos postulados e finalidades legais, originando um processo de composição de uma nova tradição jurídica a partir da própria tradição que se almeja.

Um sistema cooperativo e dialogado na formação de precedentes, dentro do panorama judicial atual, e sem a intenção de qualquer esgotamento, poderia partir de algumas diretrizes que visam fortalecer a conjugação de ideias e pluralizar o debate na consolidação da jurisprudência, como exemplo:

- a) a fixação conjunta, em cooperação judiciária, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos temas de índole exclusivamente constitucionais e legais, evitando-se assim os comuns conflitos de atribuição e incrementando o respeito as decisões de afetação constitucional ou legal das matérias;
- b) a realização de audiências públicas, mesmo sessões especiais entre diversos atores processuais (Tribunais Superiores, demais Tribunais do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensorias Públicas, OAB, Associações, Sindicatos, etc.) e emprego dos centros judiciais de inteligência para o debate e escolha de possíveis temáticas a serem submetidas ao processo de afetação, pluralizando esse momento processual;
- c) a alocação da decisão de afetação de temas constitucionais e legais no rol de precedentes vinculantes do art. 926 do CPC, valorizando a definição material e

organizacional das temáticas e espargindo seus efeitos por todos os órgãos do Poder Judiciário;

- d) a criação de condições e requisitos para a revisão dos precedentes qualificados, tais como a criação de hipóteses taxativas para a alteração da jurisprudência consolidada (como ocorre com a ação rescisória), o debate público prévio e a necessidade de formação de uma maioria qualificada na corte superior para deflagrar o procedimento, em diálogo, inclusive, com outras cortes;
- e) na hipótese de alteração das regras gerais ou criação de regras especiais que as excepcionem, a obrigatoriedade de manifestação sobre a modulação de efeitos, podendo-se conceber a abertura de consulta pública (nos tribunais, instituições e sociedade civil) com o objetivo de pormenorizar e internalizar todas as possíveis nuances decisórias, resguardando as expectativas formadas sob o manto de outro entendimento jurisdicional pacífico e consolidado;
- f) a flexibilização dos canais e o estabelecimento de fluxos mais informais para esclarecimento quanto à extensão da materialidade de precedentes qualificados.

Em suma, é necessária a construção de um modelo abertamente comunicativo, cooperativo e dialogado de precedentes qualificados, em que os atores que os definem, os constroem e os determinam consigam estabelecer parâmetros que sejam empregados em prol da isonomia decisória, mediante a atenuação da instabilidade e imprevisibilidade jurisprudencial, sobremaneira em matérias sensíveis e consolidadas, com procedimentos mais transparentes e plurais nas suas escolhas, uniformes e exaurientes nas suas disposições e rígidos para suas revisões.

CONCLUSÕES

Essencialmente, passados 15 (quinze) anos do artigo intitulado “Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil”, mesmo após a sistematização e a estruturação dos precedentes vinculantes com a regulamentação trazida pelo CPC de 2015, a instabilidade jurisprudencial permanece gerando incertezas aos agentes econômicos e estatais, com uma consequente alocação não-ótima de esforços e recursos.

Nos últimos anos, foram inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reabriu discussões, revisou sua jurisprudência consolidada, rediscutiu a jurisprudência de outras cortes e criou regras que excepcionam seus entendimentos anteriores, tais como a incidência da contribuição previdenciária no terço de férias e no salário maternidade, a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição previdenciária, a incidência do ICMS na revenda de automóveis por locadoras, a possibilidade de retenção de mercadorias pela autoridade fiscal visando a cobrança de tributos, etc., todos devidamente analisados no presente artigo.

Partindo desse panorama, concluiu-se que a mera normatização de um sistema de precedentes vinculantes não seria suficiente para que o direito brasileiro caminhasse em prol da segurança e isonomia decisória, sobretudo em razão de fatores culturais e da tradição jurídica brasileira, que valorizam um raciocínio abstrato-dogmático, em detrimento de um concreto-pragmático, a liberdade judicial em face da isonomia jurisprudencial.

Assim, propõe-se a construção de um sistema de precedentes mais aberto e dialogado, no sentido da construção de um modelo decisório com procedimentos mais transparentes e plurais nas suas escolhas, uniformes e exaurientes nas suas determinações e rígidos para suas revisões. Por fim, esboçaram-se algumas diretrizes possíveis, seja através do aprofundamento da sistemática legal, seja mediante a criação de uma nova tradição jurisprudência, quais sejam:

- a) a fixação conjunta, em cooperação judiciária, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos temas de índole exclusivamente constitucionais e legais, evitando-se assim os comuns conflitos de atribuição e incrementando o respeito as decisões de afetação constitucional ou legal das matérias;
- b) a realização de audiências públicas, mesmo sessões especiais entre diversos atores processuais (Tribunais Superiores, demais Tribunais do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensorias Públicas, OAB, Associações, Sindicatos, etc.) e emprego dos centros judiciais de inteligência para o debate e escolha de possíveis temáticas a serem submetidas ao processo de afetação, pluralizando esse momento processual;
- c) a alocação da decisão de afetação de temas constitucionais e legais no rol de precedentes vinculantes do art. 926 do CPC, valorizando a definição material e organizacional das temáticas e espargindo seus efeitos por todos os órgãos do Poder Judiciário;
- d) a criação de condições e requisitos para a revisão dos precedentes qualificados, tais como a criação de hipóteses taxativas para a alteração da jurisprudência consolidada (como ocorre com a ação rescisória), o debate público prévio e a necessidade de formação de uma maioria qualificada na corte superior para deflagrar o procedimento, em diálogo, inclusive, com outras cortes;
- e) na hipótese de alteração das regras gerais ou criação de regras especiais que as excepcionem, a obrigatoriedade de manifestação sobre a modulação de efeitos, podendo-se conceber a abertura de consulta pública (nos tribunais, instituições e sociedade civil)

com o objetivo de pormenorizar e internalizar todas as possíveis nuances decisórias, resguardando as expectativas formadas sob o manto de outro entendimento jurisdicional pacífico e consolidado;

- f) a flexibilização dos canais e o estabelecimento de fluxos mais informais para esclarecimento quanto à extensão da materialidade de precedentes qualificados.

BIBLIOGRAFIA:

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. In: MORAES, Vânia Cardoso Andre de (et. al.). As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: ENFAM, 2016.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Diagnostico da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária no Brasil. *Revista da Esmafe* 13, 31-64, 2007.

GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan./abr. 2022. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979>. Acesso em: 23 de outubro de 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v67i1.81979>.