

áreas acadêmica e operacional do direito tributário em um diálogo oportuno, essencial e salutar. Quando do convite para a coordenação nos foi passada a seguinte missão: amearhar contribuições de autores integrantes da academia e militantes da prática jurídica com um objetivo muito claro de fornecer subsídios para que todos os operadores do direito tributário pudessem argumentar sobre os precedentes relevantes na matéria. O objetivo é relevante por si só, pois em qualquer marco teórico é difícil ignorar a importância das decisões judiciais. Afinal, é o Poder Judiciário o responsável por fazer da lei a solução do litígio. Responsabilidade complexa, pois o termo responsabilidade aqui não se resume ao significado de mera atribuição, mas abrange a responsabilidade de pacificar conflitos e, de forma ainda mais delicada, responsabilidade de garantir que seja o direito, e não a vontade decisória, a fonte da solução do litígio."

*Alexandre Alkmim Teixeira
Frederico Menezes Breyner
Valter de Souza Lobato*

Autores:

Alessandro Mendes Cardoso

Alexandre Alkmim Teixeira

Aline D'aysa Okiyama Pereira

Ana Paula Saunders

André Felipe Batista dos Santos

André Garcia Leão Reis Valadares

André Mendes Moreira

Bárbara Melo Carneiro

Bernardo Motta Moreira

Bruna Furtado Vieira Machado

Felipe Toledo Soares de Almeida

Fernando Daniel de Moura Fonseca

Frederico Menezes Breyner

Glauber Mesquita

Guilherme de Almeida Henriques

Heleno Taveira Torres

Hugo Reis Dias

Jéssica Moreira Brito

João Manoel Martins Vieira Rolla

João Paulo Fanucchi de Almeida Melo

João Paulo Santarosa de Araújo Ayres

Junia Roberta Gouveia Sampaio

Luiz Henrique Nery Massara

Marcelo Hugo de Oliveira Campos

Marciano Seabra de Godoi

Marco Túlio Fernandes Ibraim

Mariane de Sousa Assis Resende

Marina Machado Marques

Maurício Pereira Faro

Maysa de Sá Pittôndo Deline

Misabel Abreu Machado Derzi

Paula Barbosa Salles

Paulo Honório de Castro Junior

Rafael Santiago Costa

Rafhael Frattari

Raphael Silva Rodrigues

Rodolfo Gropen

Rodrigo Henrique Pires

Rogério Abdala Bittencourt Júnior

Roque Antonio Carrazza

Rubens de Oliveira Gomes

Sacha Calmon Navarro Coêlho

Simone Bento Martins

Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage

Thomas da Rosa De Bustamante

Tiago Câmara Miranda

Tiago Conde Teixeira

Valter de Souza Lobato

OS REPETITIVOS E SÚMULAS DO STF E STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (DISTINGUISHING E OVERRULING)

ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA
FREDERICO MENEZES BREYNER
VALTER DE SOUZA LOBATO
[Orgs.]

OS REPETITIVOS E SÚMULAS DO STF E STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (DISTINGUISHING E OVERRULING)

ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA
FREDERICO MENEZES BREYNER
VALTER DE SOUZA LOBATO [Orgs.]



ISBN 978-85-8425-592-4



9 788584 255924



**OS REPETITIVOS E SÚMULAS DO
STF E STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
(*DISTINGUISHING E OVERRULING*)**

Alexandre Alkmim Teixeira
Frederico Menezes Breyner
Valter de Souza Lobato
[Orgs.]



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Christiane Morais de Oliveira



INSTITUTO MINEIRO DE
DIREITO TRIBUTÁRIO

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Os repetitivos e súmulas do STF e STJ em matéria tributária (*distinguishing* e *overruling*). BREYNER, Frederico Menezes; LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Alexandre Alkmim [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-592-4

1. Direito Tributário. 2. Precedentes 3. *Distinguishing* 4. *Overruling*. I. Título.
II. Autores

CDU 346

CDD 341.39

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

PREFÁCIO 13

APRESENTAÇÃO 15

CAPÍTULO 1

OS DESTINOS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E DESAFIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 19

Heleno Taveira Torres

CAPÍTULO 2

O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PRECEDENTE E O RACIOCÍNIO POR ANALOGIA: UM PERIGOSO RISCO PARA A ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL 39

Misabel de Abreu Machado Derzi
Thomas da Rosa de Bustamante

CAPÍTULO 3

A ADOÇÃO DOS ASPECTOS DOS IMPOSTOS NA MENSURAÇÃO DAS TAXAS – ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 29 DO STF E SEUS PRECEDENTES 57

Ana Paula Saunders
Mariane de Sousa Assis Resende

CAPÍTULO 4

A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES ANTERIORES AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O CASO DO SEGURO GARANTIA E A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO..... 75

Rafhael Frattari
Glauber Mesquita

CAPÍTULO 5

ACESSO A DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES SEM NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL..... 121

Maurício Pereira Faro
Bernardo Motta Moreira

CAPÍTULO 6

A DECISÃO DO STJ SOBRE A TESE DA NÃO INCLUSÃO DO ISSQN (E, POR TABELA, DO ICMS) NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. UMA VISÃO CRÍTICA..... 147

Rodolfo Gropen
João Manoel Martins Vieira Rolla

CAPÍTULO 7

A EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA, EM CASOS DE MUDANÇA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO (RESP Nº 1.118.893/MG, REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES, DJE 06.04.2011 E RE Nº 949.297/CE, REL. MINISTRO EDSON FACHIN, PENDENTE DE JULGAMENTO)..... 197

Marciano Seabra de Godoi

CAPÍTULO 8

A INCIDÊNCIA DO IPI NA REVENDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS – ANÁLISE DO ERESP 1.403.532/SC..... 211

Bárbara Melo Carneiro
Jéssica Moreira Brito

CAPÍTULO 9

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.230.957..... 249

Rafael Santiago Costa

CAPÍTULO 10

A PROGRESSIVIDADE DOS IMPOSTOS REAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 275

Junia Roberta Gouveia Sampaio

CAPÍTULO 11

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS PELO CONTRIBUINTE DE BOA-FÉ QUE ADQUIRE MERCADORIAS DE FORNECEDOR POSTERIORMENTE DECLARADO INIDÔNEO: ANÁLISE DO RESP Nº 1.148.444/MG..... 297

Frederico Menezes Breyner

CAPÍTULO 12

AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E O PROBLEMA DA INADIMPLÊNCIA: UMA NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA DO CONCEITO DE RECEITA..... 313

André Mendes Moreira
Tiago Câmara Miranda

CAPÍTULO 13

ASPECTO MATERIAL DO ISSQN (ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 31/STF - NÃO INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, A DECISÃO DO STF SOBRE LEASING E SEUS DESDOBRAMENTOS E PERSPECTIVAS)..... 331

Hugo Reis Dias
João Paulo Fanucchi de Almeida Melo

CAPÍTULO 14

CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA EM CASOS DE MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA – ANÁLISE DO RESP Nº 1.001.779/DF 347

André Felipe Batista dos Santos
Marina Machado Marques

CAPÍTULO 15

CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PARA DISCUSSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO – ANÁLISE DO ALCANCE DOS RESP'S NºS. 1.104.900/ES E 1.110.925/SP 371

Luiz Henrique Nery Massara

CAPÍTULO 16

CONFLITO DE COMPETÊNCIA DO ICMS X ISSQN. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA SOB A ÓTICA DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL PELO STF 401

Sacha Calmon Navarro Coêlho

CAPÍTULO 17

(IN)EXIGIBILIDADE DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - ANÁLISE DO RESP 1.135.489/AL E SÚMULA Nº 432 DO STJ 425

Marcelo Hugo de Oliveira Campos
Paula Barbosa Salles

CAPÍTULO 18

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO SETOR RURAL E PRECEDENTES DO STF SOBRE AS FONTES DE CUSTEIO 453

João Paulo Santarosa de Araújo Ayres

CAPÍTULO 19

DELIBERATIVIDADE NA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. O JULGAMENTO DO ERESP N. 770.451 E O RE N. 630.898 479

Marco Túlio Fernandes Ibraim
André Garcia Leão Reis Valadares

CAPÍTULO 20

ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E A CONTABILIDADE: ANÁLISE DOS EFEITOS CONTÁBEIS DO QUESTIONAMENTO JUDICIAL DO TRIBUTO 517

Alexandre Alkmim Teixeira
Rubens de Oliveira Gomes

CAPÍTULO 21

ICMS-COMUNICAÇÃO – SUA NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS CONEXOS AO DE TELEFONIA (CONVÊNIO ICMS 69/1998 E SERVIÇOS SOBRE VALOR ADICIONADO) – ALCANCE, AO LUME DO NOVO CPC, DA DECISÃO PROLATADA NO RESP 1.176.573-RJ, JULGADO SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C, DO CPC/73) 549

Roque Antônio Carrazza

CAPÍTULO 22

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE OS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO 587

Maysa de Sá Pittondo Deligne

CAPÍTULO 23

INCLUSÃO DO FRETE COM CLÁUSULA FOB NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E A PACIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ 619

Alessandro Mendes Cardoso
Simone Bento Martins

CAPÍTULO 24

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI NA IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. ANÁLISE DO RESP Nº 1.396.488/SC E DO RE Nº 723.651/PR 651

Bruna Furtado Vieira Machado
Rogério Abdala Bittencourt Júnior

CAPÍTULO 25

IPTU E ITR – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTOS, NO CASO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA..... 675

*Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage
Aline Daysa Okiyama Pereira*

CAPÍTULO 26

MUNICÍPIO COMPETENTE PARA A COBRANÇA DE ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE ENGENHARIA (CONSULTORIA E OBRA) – ANÁLISE DO RESP Nº 1.117.121/SP..... 711

Guilherme de Almeida Henriques

CAPÍTULO 27

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO (SAT, FAP, TAXAS DE POLÍCIA E CONTRIBUIÇÃO DE CATEGORIA PROFISSIONAL) – (RE 343.446/SC, RE 684.261/PR, RE 704.292/PR, RE 838.284/SC E ADIS 4697 E 4762)..... 733

Raphael Silva Rodrigues

CAPÍTULO 28

RE 582.525/SP: DEDUÇÃO DA CSLL NA APURAÇÃO DA SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO E DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. ANÁLISE MINUCIOSA, DISTINGUISHING E OVERRULING DA DECISÃO..... 761

*Fernando Daniel de Moura Fonseca
Felipe Toledo Soares de Almeida*

CAPÍTULO 29

TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL E QUINQUENAL EM CASO DE TRIBUTOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL..... 779

*Valter de Souza Lobato
Tiago Conde Teixeira*

CAPÍTULO 30

TRAVA DOS 30% PARA APROVEITAMENTO DE PREJUÍZOS FISCAIS: ANÁLISE DO JULGADO NO RE 344.994/PR E DA SUA POSSÍVEL REAPRECIÇÃO EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 591.340/SP..... 793

*Paulo Honório de Castro Júnior
Rodrigo Henrique Pires*

AUTORES

813

TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL E QUINQUENAL EM CASO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL

29

*Valter de Souza Lobato
Tiago Conde Teixeira*

1. Introdução

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – é clara a intenção do legislador em aproveitar os fundamentos do *Common law* e do *Stare decisis*, com a finalidade precípua de privilegiar uma busca pela uniformização da jurisprudência e a consequente estabilização social com a respectiva garantia da efetividade do processo.

O novo diploma legal tem como desiderato a celeridade e a economia processual, além da cooperação entre as partes, dentre as quais o juiz, que figura como sujeito elementar no intermédio da relação conflituosa e é responsável por ditar o deslinde final do litígio, devendo enfrentar todas as questões trazidas pelas partes para justificar sua convicção.

Nesse ponto, inserem-se as razões para os precedentes judiciais. Com vistas a evitar o proferimento de decisões contraditórias para casos semelhantes e assegurar maior previsibilidade da Justiça, as medidas de cristalização dos precedentes no Código de Processo Civil são vistas como solução imediata. Prestigia-se a uniformização e estabilização da jurisprudência, a fim de que os beneficiados sejam os próprios litigantes, em face da repetição de processos que contenham a mesma controvérsia sobre certa questão de direito, material ou processual.

A análise volta-se para o REsp 1.110.578/SP, julgado pela 1ª Seção do STJ que compete decidir questões de direito público

perante à Corte, em 12 de maio de 2010. O escopo é analisar a matéria discutida no caso, bem como em que medida um julgado configura um precedente aplicável a outras situações semelhantes.

Assim, volta-se, primeiramente, à apresentação do que configura um precedente judicial e seus efeitos jurídicos em relação a casos com conjecturas similares.

2. Precedentes judiciais no ordenamento jurídico

Por conseguinte, é importante salientar que o Direito não se confunde com a lei, resultando, na verdade, da interpretação que o Poder Judiciário extrai do seu texto, na busca do melhor sentido para aplicação ao caso concreto. Desse modo, o juiz, na qualidade de intérprete, busca o escopo da *mens legis*, da vontade que foi expressa diretamente na forma da lei, no sentido que melhor corresponda ao fim que se pretendeu alcançar.

A partir da manifestação de vontade da lei, o juiz apreende certos elementos e decide, criativamente, em termos finais. Explica Misabel Derzi¹:

“Está o juiz limitado pelas normas e pelas seleções pesadas e sopesadas pelo legislador, pelos precedentes judiciais, pelos costumes. Tanto o legislador altera a matéria selecionada como o juiz, dentro das fronteiras impostas pelas leis, e dentro da evolução do aparato conceitual formado, constitui o Direito.”

Não há então como dizer que somente nos países da *Common Law* o Judiciário efetivamente cria normas. Tivesse o juiz absolutamente subjugado à lei, não seriam possíveis interpretações e decisões distintas sobre determinada matéria sem que a lei respectivamente aplicável fosse alterada. O ilustrado decorre, ademais, diante dos próprios institutos legais, os quais impõem papel ativo do julgador:

“Os sentidos possíveis, as lacunas, os tipos abertos são vistos como autorizações ou pressuposições do próprio legislador, tudo dentro dos enunciados linguísticos das leis, o que leva a uma aceção de

*sentença como uma criação, ou seja, como escolha entre alternativas possíveis, sem rompimento irreversível com a ideia de sentença vinculada à lei.”*²

Portanto, o juiz escolhe uma possível alternativa de sentido para dado enunciado da lei, entendendo que aquele significado é o mais adequado para o caso em exame. **Na medida em que esvazia sentidos alternativos, cria uma norma judicial, específica, que será repetida para o mesmo grupo de casos – um precedente**³. O espaço de discricionariedade que antes o legislador tinha deixado dentro dos enunciados linguísticos das leis acaba, dessa forma, sendo fixado em certo sentido, único, que termina por estabilizar expectativas normativas. Isto é, o Judiciário não configura um autômato, porquanto inexistente um processo mecanizado de aplicação da norma jurídica, de modo que suas decisões igualmente produzem normas jurídicas.

Assim, é certo que o Poder Judiciário cria expectativas normativas para solução de conflitos, e essa capacidade de criar regras traduz um verdadeiro Poder do Estado, não mera autoridade que faz ser aplicada a lei⁴. Verifica-se que além de a decisão judicial vincular as partes dos casos concretos *sub judice*, cria também expectativas para terceiros sob um mesmo suporte fático⁵.

Tem-se, portanto, que **toda decisão judicial é aplicação e criação do direito**, mesmo que limitada em grande medida à motivação por norma pré-constituída na lei. Considerando então que a sentença do juiz é ato jurídico criativo, que mesmo vinculado à lei não se subsume em outra norma preexistente. Dessa forma, tendo em vista que a decisão sempre tem como objeto um fato pretérito que foi apresentado ao juiz para julgamento, não parece errado dizer que a sentença retroagirá para ser aplicável a um caso passado.

Desse modo, se as sentenças se voltam ao passado, paralelamente, as expectativas normativas criadas antes pelo Poder Legislativo pesam, sobretudo, o futuro, enquanto tentativa de transformar a

¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 33.

² DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 106.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 441-444.

⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 53.

⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 55.

realidade social. Por meio das antecipações de comportamentos futuros, restringe-se o aumento das incertezas do sistema jurídico a partir de duas exigências principais: (i) a observância da norma jurídica; e (ii) a obrigação (*enforcement*) das decisões dos casos em conflitos jurídicos.⁶

Decisões de outros casos, repetidas em situações análogas, tornam-se promessas de decisão que terminam por estabilizar o próprio Direito, com vistas à garantia de certa isonomia na solução de conflitos. Assim, sentenças que, via de regra, voltam-se ao passado, projetam-se para o futuro – sobretudo no Direito Tributário, em que a segurança jurídica deve ser fortalecida ao máximo diante da influência que exerce sobre o direito de propriedade e da autonomia individual.

Nesse ramo do Direito, os conceitos tendem a ser rígidos e ricos em caracterização para reduzir a um patamar mínimo a criatividade do juiz. Destaca Humberto Ávila:

*“a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Para o contribuinte, a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer. É, enfim, a capacidade de antecipar uma situação de fato ou prever efetivamente uma situação”.*⁷

Assume-se, assim, que toda sentença tem vocação para se entender normativamente a um grupo de casos⁸, mesclando passado e futuro como garantia das expectativas normativas de comportamento.

Desse modo, uma vez que o juiz fixa a inteligência da lei que fundamenta certa norma jurídica, estabelecendo a cadeia de significações possíveis para aquele diploma legal, ele tem o dever de aplicá-la em casos idênticos, assegurado o princípio da isonomia. Assim, a razão de decidir firmada em precedentes judiciais não desencadeia apenas efeitos *inter partes*, tem vocação, na verdade, para aplicação a todos os casos similares dentro de um mesmo grupo⁹.

⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 177.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112-113.

⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 212.

⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 256-257.

Isto é, se a decisão judicial cria Direito, similar às normas de conduta postas pelo legislador, em algum momento será ela convertida em expectativa normativa, tendendo à aplicação idêntica do precedente a todo caso futuro coberto pelo mesmo suporte fático.

Algumas dessas expectativas constituem meras recomendações de observação para casos futuros que o próprio juiz ou Tribunal que prolatou a sentença venha decidir. Outras, proferidas por Tribunais Superiores, configuram norma de observância obrigatória para todos, dotadas por vezes inclusive de efeito vinculante. Explica Misabel Derzi¹⁰:

“(...) algumas expectativas normativas são comandos que recomendam observação nos casos futuros iguais, mas não obrigam, nem tampouco vinculam a todos, com proibição de desvio. Nessa categoria, encontram-se as decisões de primeira instância e dos tribunais inferiores, que não têm competência para estabelecer, em caráter final, uma expectativa legítima obrigatória. Em seguida, podemos alinhar outras sentenças – prolatadas em última instância, pelo Tribunal Superior, por meio de seu órgão uniformizador dos entendimentos judiciais – a criar expectativas legítimas, de observância obrigatória, direcionando a conduta de todos e servindo como critério – precedente – de definição do lícito/ilícito. Finalmente, tais decisões judiciais, verdadeiras expectativas normativas legítimas, podem ainda estar qualificadas pela vinculatividade, ou seja, além de obrigatórias, impõem-se com a correspondente proibição de desvio.”

Contudo, é necessário saber que parte da decisão judicial gera expectativas e, além disso, quando as referidas espraiem efeitos a outros casos.

Sobre a primeira questão, Misabel Derzi, com base no jurista alemão Heiki Pohl, discorre que em toda sentença há uma questão individual e outra geral. A primeira é referente ao caso concreto e tem a sua extensão limitada à parte dispositiva que decide o litígio singular; sendo que esta questão individual, por sua vez, esconde sempre uma questão geral, formada a partir da norma legal que a fundamenta. A resposta geral antecipa a solução de outros casos semelhantes, formando assim uma jurisprudência (decisões que dão a mesma resposta a certa pergunta geral).

¹⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit., p. 248.

Assim, conforme expõe Didier¹¹, a *ratio decidendi* que configura o precedente em sentido estrito, pois ela configura a norma geral criada no caso e que será aplicada em situações semelhantes. Sintetiza Bustamante¹²:

“Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a ratio decidendi – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma.”

Isto é, a resposta geral proposta para a solução do caso, a qual pode ser qualificada como a essência da fundamentação jurídica da decisão proferida¹³, configura a parte da solução que efetivamente cria expectativas normativas.

Assim, exposto o elemento que se configura como precedente, para fins de qualificação da expectativa jurídica gerada, importa então saber: ao passo que a publicação da lei é o marco temporal para desencadear a formação da expectativa normativa legal, quando a sentença, que também inova no mundo jurídico, constitui expectativa normativa judicial?

Como destaca Misabel, a jurisprudência não se consolida em primeira instância, tampouco por decisão monocrática ou de órgãos fracionários de tribunal superior. Mas sim por meio de um colegiado de julgadores, integrantes de uma estrutura hierarquizada do Poder Judiciário, de distinta formação técnica e profissional e seguidores das mais diversas ideologias, pois tendem a evitar erros mais grosseiros.

Por conseguinte, cada *ratio decidendi* invocada para a solução de um caso concreto constitui um precedente, contudo a sua força para aplicação em outro caso depende, portanto, da própria organização hierárquica do Poder Judiciário. Destaca Bustamante¹⁴:

“Como regra, pode-se dizer que o maior nível de autoridade é conferido às decisões das cortes de mais elevado nível hierárquico:

há um grau de subordinação das cortes inferiores às superiores que cresce à proporção em que diminui o nível hierárquico do juiz. É nesse sentido que se pode falar em uma dimensão vertical do precedente judicial: as cortes inferiores devem obediência às superiores, uma vez que estas últimas detêm o poder de reformar todas as decisões que sejam contrárias a seus precedentes.”

Assim, qualquer decisão **definitiva** do Plenário do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que obtenha para uma pergunta geral a mesma resposta geral firmará uma jurisprudência consolidada, criando norma judicial a ser seguida em outros casos considerados similares. Pode-se dizer o mesmo das decisões finais dos demais tribunais superiores em suas respectivas competências como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Por fim, cumpre ressaltar a possibilidade de modificação do precedente, a qual ocorre por mudança de entendimento do tribunal (*overruling*) ou diante da alteração legislativa na matéria (*overriding*) que impõe a limitação do âmbito de incidência do precedente.

Importante ressaltar que a modificação ocorre, pois, conforme exposto por Bustamante, os precedentes das cortes superiores valem como “fontes obrigatórias em sentido frágil”. Frágil porque é uma obrigação que pode ser superada no caso concreto, em situações excepcionais, e também porque é passível de cancelamento, afastamento ou superação definitiva com base em razões anteriormente desconsideradas, ou inexistentes.

Contudo, a modificação do precedente exige argumentação substancial para seu abandono, como destacam Alexy e Dreier¹⁵, veja-se:

“A força do precedente é demonstrada com 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 dele desvia é – demonstra que os precedentes tem uma força jurídica própria.”

Ademais, a exigência de extensa fundamentação segue, igualmente, de exigência legal, mais especificamente dos arts. 927 e 489

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie.. Op. Cit., p. 442-443.

¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie.. Op. Cit., p. 446-450.

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. Cit., p. 309.

¹⁵ ALEXY, Robert, e DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, 1997, apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. Cit., p. 310.

do CPC/2015, em que estabelece o dever, *sob pena de nulidade*, de ser devidamente justificada a não aplicação de precedente.

Do exposto, os precedentes (normas judiciais) pressupõem a permanência da *ratio decidendi* no tempo, de uma resposta uniforme para situação que já foi cristalizada. Embora seja a decisão judicial um ato jurídico criativo, mais que mera aplicação/repetição do Direito posto na lei, não pode o magistrado simplesmente desconsiderar os precedentes para criar norma jurídica nova que diverge da consolidada anteriormente, sem justificativa para tanto.

3. Análise do REsp 1.110.578/SP

Assim, estabelecido o que configura precedente e quais são suas características, cumpre-se examinar mais detidamente o REsp 1.110.578/SP.

De plano, observa-se que configura julgado proferido por Tribunal Superior e, ainda, por meio de órgão hierárquico em matéria de direito público, qual seja, a primeira seção da referida Corte. Ou seja, conforme exposto anteriormente, está diante de um precedente de aplicação obrigatória.

Ademais, o Recurso Especial nº 1.110.578/SP detém outra característica distinta, uma vez que foi julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos – prevista pelo então art. 543-C do CPC/1973 e, atualmente, disposta no art. 1.036 do CPC/2015 – possuindo efeito vinculante a demais causas.

Isso porque, o CPC/2015, estabelece que os recursos especiais julgados pelo regime repetitivo são dotados de força vinculante perante os demais casos que julgam matéria semelhante. Neste sentido, o art. 927, III, combinado com os arts. 988, IV e 966, §5º, do Código de 2015, estabelecem que as teses proferidas em recursos especiais repetitivos são de observância compulsória, sob pena de cabimento de reclamação ou ação rescisória da decisão que deixou de aplicar o precedente sem ter apresentado justificativa para tanto.

Ou seja, observa-se que o REsp nº 1.110.578/SP além de ser dotado de caráter obrigatório possui, igualmente, efeito vinculante sobre demais casos cuja conjuntura seja a ele semelhante.

Passa-se, portanto, à análise específica do caso, de modo a verificar qual fora a norma geral prevista, bem como a que situações fáticas ele se reporta.

O caso discutia o termo inicial do prazo prescricional para repetição de indébito de valores despendidos para pagamento de taxa de iluminação pública exigida pelo município de Barretos nos anos de 1990 a 1994, sendo que o tributo fora declarado inconstitucional pelo STF, em sede de ação civil pública, cujo trânsito em julgado ocorreu em abril de 1996.

Em primeira instância, foi decidido que o início do prazo seria a data do trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei municipal que criou o tributo. Ainda, em apelação e remessa de ofício julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), manteve-se a decisão do juízo singular, entendendo, portanto, que a contagem da prescrição do pedido repetitório estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade.

Inobstante, ocorre que o município interpôs recurso especial sob a alegação de dissídio jurisprudencial e violação aos arts. 168 e 156 do CTN, aduzindo que a prescrição seria contada a partir do efetivo pagamento do tributo, e não como fora apresentado pelo Tribunal, em que salientou que o termo *a quo* configuraria o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade da taxa.

O Superior Tribunal de Justiça analisou os dispositivos infraconstitucionais supostamente violados, concluindo que nos tributos sujeitos a lançamento de ofício – no caso: taxa de iluminação pública – o art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do CTN, que tratam do prazo prescricional para ajuizamento de ação repetitória de indébito tributário, fixou que o início do prazo é a data do efetivo pagamento do tributo, o qual promove a extinção do crédito tributário.

Desse modo, a Corte reformou o julgamento da apelação e da remessa necessária, afastando o entendimento de que o prazo prescricional, em decisões que declararam tributos inconstitucionais, iniciaria da data do trânsito em julgado.

Após a análise das circunstâncias fáticas e da razão de decidir que envolveram, cumpre analisar as seguintes questões:

- 3.1. Há outras situações em que o precedente pode ser aplicável, em caso positivo, quais?
- 3.2. A fundamentação do julgado apreciou todos elementos relevantes capazes de influenciar a conclusão, em caso negativo, por quê?
- 3.3. Existem razões para que o precedente seja revisto por suas próprias razões?

3.1 Acerca do primeiro ponto, assinala-se que o acórdão poderia ser aplicado para a contagem prescricional das ações de repetição de indébito dos demais tributos sujeitos a outras formas de lançamento (declaração e homologação), uma vez que a razão de decidir do acórdão configura que os dispositivos que dispõem sobre a repetição de indébito estabelecem que o início do prazo ocorre da extinção do tributo pelo pagamento.

Ou seja, para aplicar o precedente aos demais tributos, é necessário, tão somente, analisar quando o pagamento nos demais lançamentos tem o condão de extinguir definitivamente o tributo, uma vez que a razão de decidir constitui que o termo inicial para a ação repetitória é a data do pagamento que extingue o crédito tributário.

Ainda, cumpre ressaltar que a aplicação do precedente é expressa em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, pois o REsp nº 1.110.578/SP salientou que nos tributos que seguem o referido lançamento também tem como termo inicial a data em que o pagamento efetivamente extingue o crédito tributário.

No acórdão, foi indicado o entendimento firmado pela Corte, anterior à Lei Complementar nº 118/2005, de que o prazo prescricional nos tributos por homologação seria contado a partir do pagamento extintivo do crédito tributário, o qual, por sua vez, ocorreria após a homologação tácita do Fisco (cinco anos após o pagamento), de modo que da homologação passaria a contar o prazo prescricional.

Do exposto, é importante salientar que a citada Lei Complementar não teve o condão de modificar o entendimento indicado no julgado, pois apenas modificou a data em que se consideraria ocorrida a homologação tácita do Fisco por força do pagamento do contribuinte. Ainda, em que pese o caso julgado não tratar sobre tributos sob lançamento por homologação e, assim, a manifestação não ser essencial ao julgado, é característica dos ditos de passagem (*obiter dicta*) que estes configuram indicação do entendimento da Corte em relação a situações conexas à discutida no julgado. Neste sentido, veja-se manifestação de Celso Albuquerque¹⁶:

“O exemplo mais visível de utilização de um dictum é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão

¹⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185.

conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.

Portanto, entende-se que o precedente se aplica igualmente aos tributos sujeitos às demais formas de lançamento, especialmente por homologação em face da manifesta indicação do acórdão.

3.2 Ao analisar se o julgado apreciou todas as questões capazes de influenciar o julgado, faz-se mister indicar, de pronto, que, por se tratar de recurso especial, nem todos os argumentos passíveis de influenciarem no julgamento poderiam ter sido analisados, uma vez que, por força da competência jurisdicional estabelecida pela Constituição Federal (art. 105), cabe ao Superior Tribunal de Justiça a análise da legislação federal, exonerando-se da análise de possíveis implicações constitucionais nos julgados.

Deste modo, a decisão não avaliou se a conclusão para indicar o início do prazo prescricional como a data do pagamento que extingue o tributo está em consonância com princípios constitucionais, entre os quais, o princípio da segurança jurídica que impõe o respeito a situações consolidadas.

Ademais, observa-se que mesmo em relação a dispositivos infraconstitucionais a Corte não analisou todas as normas passíveis de serem aplicadas ao caso.

Neste sentido, indica-se a Lei nº 9.868/1999, a qual, em seu art. 27, expressou entendimento consolidado do Judiciário brasileiro de que, em regra, as leis declaradas inconstitucionais são nulas de pleno direito, ou seja, seus efeitos espriam desde a promulgação da norma (*ex tunc*).

Isto é, caso analisada a referida disposição, poderia ter o Superior Tribunal de Justiça chegado à conclusão de que as decisões de primeira e segunda instâncias estavam corretas ao aplicar o termo inicial do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado da decisão que declarou o tributo inconstitucional, uma vez que se tratava de exigência fiscal nula de pleno direito, de modo que não poderia ter produzido efeitos jurídicos sobre os contribuintes.

Desse modo, observe-se que não foram apreciados todos elementos passíveis de influenciar o julgado, seja no âmbito constitucional, seja no aspecto infraconstitucional.

3.3. Por fim, verifica-se que o precedente consignou que o parâmetro para atribuir o prazo prescricional é a data em que o tributo foi extinto por força de pagamento.

Isto é, observa-se que o prazo extintivo do crédito tributário é fulcral para estabelecimento do termo *a quo* da prescrição da ação repetitória.

Contudo, o Tribunal não se manifestou em relação à situação em que há, além do pagamento, outro fato jurídico concorrente para extinção do crédito tributário, qual seja: decisão judicial transitada em julgado. O CTN, em seu art. 156, X, dispõe, ao lado do pagamento, que a decisão judicial albergada pela coisa julgada extingue o crédito tributário.

Assim, pergunta-se: caso após o pagamento do tributo seja proferida decisão, e seu posterior trânsito, que afasta a exigência fiscal, declarando a inconstitucionalidade do tributo, quando será o início do prazo prescricional? O art. 168, I, combinado com o art. 165, I, do CTN estabelecem que a prazo prescricional para ajuizamento de ação repetitória no caso de pagamento de tributo indevido inicia-se da data da extinção do crédito tributário.

Ou seja, verifica-se que as próprias razões do REsp nº 1.110.578/SP levam a possibilidade de questionar a possibilidade de, no caso de tributos declarados inconstitucionais, o termo *a quo* da ação seja a partir do trânsito em julgado, e não do pagamento.

4. Conclusão

Por todo exposto, conclui-se que o REsp nº 1.110.578/SP configura-se precedente de aplicação obrigatória e vinculante a situações semelhantes, estando albergadas, por força da fundamentação do julgado, os casos que discutem o prazo prescricional de tributos declarados inconstitucionais sujeitos a outras formas de lançamento tributário, especialmente as exigências fiscais por homologação.

Ademais, observou-se que o Tribunal não analisou todas circunstâncias capazes de influenciarem a conclusão do julgado – seja normas constitucionais, seja infraconstitucionais – o que poderia resultar na reforma do julgado para atribuir o termo *a quo* para ajuizamento de ações repetitórias de tributos declarados inconstitucionais a data do trânsito em julgado das respectivas decisões que afastaram as exigências fiscais.

Referências

ALEXY, Robert, e DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros de. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Comp.). Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

LEMOS, Vinícius Silva. Os precedentes judiciais e seus princípios no novo Código de Processo Civil. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP). São Paulo: Dialética, 2015.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Norma e lei – Mudança jurisprudencial. In: _____. Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.