ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DIAGNÓSTICO DA INSTABILIDADE JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

DIAGNOSIS OF THE JURISPRUDENTIAL INSTABILITY IN THE SUBJECT OF TAXES IN BRAZIL

Marco Bruno Miranda Clementino*

RESUMO: Nos dias de hoje, já é consenso na literatura a caracterização do Judiciário também como instituição econômica. Daí porque o conteúdo dos debates sobre a necessidade de aprimoramento da prestação jurisdicional transcendeu os paradigmas tradicionais e já enfoca também a questão econômica. O presente trabalho busca resgatar justamente essa discussão, num domínio muito delicado para a economia, o da tributação, mostrando como a própria estrutura do direito positivo e sistema judicial brasileiros pode influir negativamente nesse campo.
Palavras-chave: Direito. Economia. Judiciário. Tributação. Jurisprudência.

ABSTRACT: Nowadays, it is a consensus in literature the characterization of the judiciary as economic institution. That is why the content of discussions on the need to improve the jurisdictional provision transcended the traditional paradigms and has also focused on economic issues. This study attempts to revive precisely this discussion, a very sensitive area to the economy, taxation, showing how the structure of positive law and judicial system in Brazil may have a negative influence in this field.
Keywords: Law. Economy. Judiciary. Taxation. Jurisprudence.

* Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor de Direito Tributário. Membro do Grupo de Estudos Tributários Eurico Marcos Diniz de Santi. Juiz Federal da Quinta Região.

1 DEVO OU NÃO DEVO? COM A PALAVRA, O JUDICIÁRIO

A posição do devedor do fisco, mais conhecido por sonegador, se tornou uma posição muito relativa no Brasil. Não bastasse uma tendência histórica de aversão aos impostos e aos seus cobradores, verificada na própria fonte bíblica[1], que diminui a antipatia da população ao contribuinte inadimplente, a verdade é que a jurisprudência brasileira tem sido tão imprevisível em matéria tributária que não se pode tachar propriamente de devedores aqueles que não recolhem seus tributos conforme exigidos pelos órgãos fiscais. Fica difícil, por outro lado, identificar as eventuais arbitrariedades do fisco quando insiste numa determinada prática rejeitada pela jurisprudência, porque se sabe que esta pode, a qualquer momento, modificar sua posição, e freqüentemente o faz.

Este trabalho tem por objetivo analisar justamente esse fenômeno da imprevisibilidade da jurisprudência em matéria tributária, demonstrando como ele acontece na prática judicial e avaliando - lhe os reflexos não apenas sob a ótica jurídica, mas também das perspectivas econômica e política, inclusive o alcance dos respectivos efeitos.

A relevância da temática reside em que a imprevisibilidade do Judiciário e a sua impotência em proteger eficientemente os direitos de propriedade têm sido apontadas entre os principais fatores que desestimulam os investimentos produtivos no Brasil, tanto os provenientes do capital nacional como do estrangeiro, sem os quais a economia adquire uma tendência paralisante que arrefece qualquer tentativa de crescimento econômico. Em matéria tributária, cujas relações são semanticamente econômicas por excelência, o estudo ganha importância ainda maior, especialmente num território fiscal que pratica carga tributária extremamente elevada, como é o caso do Estado brasileiro.

O estudo procura demonstrar que o Poder Judiciário é também uma instituição econômica e não meramente jurídica, do que resulta a necessi-

1 Na Bíblia, é comum se referir aos impostos e aos respectivos cobradores como sinal da opressão do invasor romano. É célebre a passagem do Evangelho de Mateus (Mt 22, 17), em que Jesus, no templo, foi submetido ao dilema de ter que responder se era lícito pagar tributos ao imperador romano, ao que respondeu ele, com sabedoria: "Pois daí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus".

dade de maior preocupação, tanto da parte dos juízes como pelos cientistas do direito, com a repercussão econômica de suas decisões e da eficiência com que cumpre sua função constitucional, em vista de interesses econômicos cujos conflitos visa a equacionar quando provocado.

A imprevisibilidade é um dos focos de preocupação freqüentemente suscitados quanto à eficiência do Judiciário, sendo normalmente atribuída a fatores de cunho operacional, como o mau gerenciamento da instituição, quando o principal problema é a própria formação do jurista brasileiro, e não apenas do juiz, que pratica um direito formalista de base normativista. O jurista brasileiro é dogmático, e não se indaga sobre a função política e transformadora (ou mesmo conservadora) do direito no tecido social.

A partir da metodologia de estudos de casos, a pretensão da análise é a de esclarecer como o fenômeno da imprevisibilidade da jurisprudência se manifesta concretamente na prática judicial, e, por igual, de suscitar o contraponto, mostrando que o argumento de precedente (precedente persuasório) é, em verdade, aplicado com enorme freqüência, o que expressa uma postura paradoxal do magistrado brasileiro, que ora segue a jurisprudência dominante, ora não o faz, sem que haja um critério rigoroso que lhe paute a atuação.

2 JUDICIÁRIO *VERSUS* ECONOMIA

Em 2003, provavelmente antevendo os debates que seriam travados, no ano subseqüente, acerca da Reforma do Judiciário, parcialmente concluída no final de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ente da administração indireta federal, sob tutela do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, divulgou seu texto para discussão, nº 966, intitulado "Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados", de autoria do pesquisador Armando Castelar Pinheiro (2003).

O estudo, que se diz inédito por enfatizar, na metodologia, a visão dos próprios magistrados, tem por objeto a análise do "[...] Judiciário como instituição econômica, procurando estender sua influência sobre o

desenvolvimento econômico [...]. E acrescenta mais adiante: Com isso, ele ajuda a compor o diagnóstico sobre os problemas do Judiciário que mais afetam a economia e a avaliar as iniciativas que podem tornar o Judiciário uma instituição mais eficaz e eficiente do ponto de vista econômico" (PINHEIRO, 2003, p. 4).

Em sua fundamentação para qualificar o Judiciário como instituição econômica, o pesquisador argumenta, sob um contraponto entre as experiências dos países desenvolvidos e dos pobres, sobre o quanto a má documentação, identificação e securitização dos direitos de propriedade reduz a capacidade de crescimento econômico de um país. Como o Judiciário integra a cadeia institucional de proteção dos direitos de propriedade, sua ineficiência reduz a contribuição do capital no desenvolvimento (PINHEIRO, 2003).

É evidente que a análise é reducionista, por múltiplos aspectos. Primeiramente, é preciso esclarecer que a proteção jurídica desses direitos de propriedade não se restringe à atuação jurisdicional. Nesse contexto, estão incluídos os ativos em geral do mercado econômico, cuja formalização perpassa também a atuação dos serviços notariais, dos órgãos de registro da atividade empresarial, dos entes públicos de regulação e fiscalização de determinadas atividades econômicas, além dos demais agentes, públicos ou não, essenciais à justiça[2]. O papel do Judiciário ganha relevo apenas quando se trata de equacionar conflitos surgidos no emprego dos ativos no mercado, a partir dos dados empíricos que lhe são levados ao conhecimento, normalmente produzidos em outras esferas da burocracia.

Em segundo lugar, é importante lembrar que nem sempre a deficiência na prestação jurisdicional tem sido óbice intransponível ao desenvolvimento econômico, já que as críticas que pesam sobre o Judiciário brasileiro são sempre as mesmas atribuídas à grande maioria dos países que seguem a tradição da civil *law*, especialmente os europeus. As estruturas judiciárias da Alemanha, da França, da Itália e da Espanha, dentre outros, também são alvo de ressalvas, quiçá de duras críticas, quanto à sua eficiência, sem que

2 Além de extremamente burocrática, toda essa estrutura construída visando à securitização desses ativos é bastante complexa, sobretudo se considerar que muitas das funções são repartidas, sem que haja uma atuação compartilhada ou pelo menos razoavelmente definida, entre entes diversos da federação.

isso tenha sido suficiente para impedir o desenvolvimento desses países.

Há um terceiro argumento, de cunho mais propriamente sociológico, relacionado à questão da legitimidade. Em que pese à análise exposta da proteção dos direitos de propriedade, não existem dados empíricos metodologicamente organizados, indutivos da conclusão de que a sociedade civil deseja uma estrutura judiciária pautada por critérios econômicos, até porque, tal como o direito, a economia não conseguiu definir um método que forneça uma maior objetividade a suas conclusões científicas, na "reconstituição racional do real ou de sua interpretação" (PINHO, 1989, p. 29). Esse último fator implica um quarto argumento quanto ao reducionismo da análise.

No entanto, essas objeções não infirmam a validade teórica e a contribuição prática do estudo. Como "cada ciência social analisa parcialmente o real, a partir de certos termos de referência e segundo determinado esquema de interpretação" (idem ibidem, p. 29), a compreensão do real perpassa a análise de todas as vertentes do conhecimento, compartimentado apenas para fins epistemológicos. Além do mais, direito e economia têm entre si aspectos que os aproximam. Para Eros Roberto Grau (2000, p. 41),

> [...] se, por um lado, o direito interfere na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção, reproduzindo-as de maneira deformada, ideologicamente, é certo também de outra parte, que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica das relações de produção que lhe são próprias.

Reforçando o argumento, Nusdeo (2001, p. 42) explica que ambos são indissociáveis,

> [...] pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos são de caráter institucional, vale dizer, jurídico. Por outro lado, as necessidades econômicas influenciam a organização institucional e a feitura das leis. De qualquer maneira, não existe fenômeno não inserido em um nicho institucional.

Como o Judiciário constitui a organização institucional de aplicação do direito por excelência, pelo caráter jurisdicional do exercício de sua função, efetivamente as variáveis econômicas também configuram, além de outras, dados relevantes na construção das decisões judiciais. Aliás, já tiveram essa percepção os próprios protagonistas da estrutura judiciária: os magistrados. A pesquisa divulgada pelo IPEA mostra que mais de 80% (oitenta por cento) dos juízes acredita na importância do Judiciário para a economia (PINHEIRO, 2003, p. 41) e, recentemente, o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Nelson Jobim, defendeu a necessidade de uma maior atenção, pelos juízes, à repercussão econômica de suas decisões (BASILE; JAYME, 2004).

3 A JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E SUA RELEVÂNCIA ECONÔMICA

Configurando o direito instrumento de regulação do todo social, sua relação com a economia torna-se mais íntima, dependendo do aspecto da realidade que se constitui objeto da norma jurídica. O direito tributário, pelo acentuado conteúdo econômico, é um dos ramos do direito em que essa aproximação pode ser mais facilmente identificada, tanto que os tributaristas definem o objeto da relação jurídica tributária pela terminologia de aspecto quantitativo, conjugação da base de cálculo com a alíquota, a partir do qual se apura o valor do crédito tributário a ser recolhido ao fisco pelo sujeito passivo (TORRES, 2002).

O fenômeno da tributação constitui uma das espécies de rendas do setor público necessárias a fazer frente ao gasto público (CANO, 1998). Diz respeito à apropriação, pelo Estado, de capital circulante no mercado em decorrência da realização de determinados fatos definidos em lei, designados, pela maior parte dos tributaristas, como fatos geradores. Como se trata de extrair do fato gerador um determinado aporte financeiro a ser repassado ao setor público (crédito tributário), há sempre implícito, naquele, um fato econômico. As bases tributáveis são normalmente o patrimônio, a renda, o consumo, a prestação de um serviço, entre outros.

Portanto, a figura do Judiciário como instituição econômica se evi-

dencia ainda mais em se tratando de matéria tributária, com o detalhe de que, como o fenômeno da tributação implica transferência de renda do setor privado ao público, sem que haja, necessariamente, uma contrapartida necessária, a tributação é sempre antipática ao agente econômico, que é expropriado de parte de seu capital.

O interesse (e a antipatia) pelo direito tributário, por parte dos agentes econômicos, é diretamente proporcional ao patamar da carga tributária aplicada, esta conceituada como sendo a

> [...] arrecadação de todos os tributos coletados no país em proporção ao PIB (produto interno bruto). Ou seja, dividindo-se tudo aquilo que o governo arrecada a título de tributos pelo valor nominal do PIB em determinado período chega-se a uma medida da parcela do produto interno que é apropriada pelo setor público através de tributos.
> [...]
> Assim, uma das condições para que haja aumento de carga tributária é que a arrecadação tributária cresça em proporção maior que o PIB, não importante os efeitos da inflação sobre a variação da arrecadação do PIB (AFONSO; ARAÚJO, 2004, p. 3).

Dessa forma, a elevação da carga tributária representa, de um lado, o aumento do volume de capital apropriado pelo setor público e, de outro, por conseqüência, a diminuição de capital disponível ao setor privado, desestimulando o exercício da atividade econômica, pela redução do mercado consumidor, pela redução da capacidade de produção e de investimentos, pela redução da margem de lucro. Uma carga tributária equilibrada, portanto, é um dos dados relevantes para tornar atrativa a atividade econômica.

Entretanto, o que se tem verificado no Brasil é uma carga tributária em patamares bem mais elevados do que nos demais países em desenvolvimento, atingindo nos últimos anos percentuais superiores a 35% (trinta e cinco por cento) do produto interno bruto (PIB), mais de um terço da produção interna, semelhantes aos países de alto nível de desenvolvimento, cujos serviços prestados à população justificam a tributação mais rigorosa (BRASIL. BANCO FEDERATIVO, 2005).

A evolução da carga tributária para percentuais elevados é uma característica, em toda a comunidade internacional, da segunda metade do século passado (BRASIL. BANCO FEDERATIVO, 2005). A promoção do Welfare State, a partir do após-guerra, exigiu do setor público um astronômico volume de recursos financeiros, provocando crescimento expressivo da dívida pública. Para redução do déficit, a alternativa mais empregada foi a elevação da carga tributária.

Nos países em que o Estado de Bem Estar Social se instaurou em sua plenitude, com investimentos planejados em infra-estrutura e serviços públicos, a sociedade recebeu como legado todas as ferramentas necessárias ao desenvolvimento, que compensam o endividamento resultante. Todavia, nos casos em que esses recursos não foram corretamente empregados, a população até hoje padece em decorrência de políticas equivocadas. A dívida pública é enorme, exigindo carga tributária elevada para atender às obrigações dela decorrentes, porém sem uma infra-estrutura que viabilize uma política de desenvolvimento.

O Estado brasileiro, lamentavelmente, se encontra nessa segunda situação, com infra-estrutura e serviços públicos esgotados, a ponto de serem neces-sárias, inclusive, medidas de racionamento de energia elétrica, mas com uma carga tributária altíssima, que arrefece a atividade econômica e bloqueia o crescimento.

Essas premissas são necessárias para demonstrar como a política tributária tem relevância especial na política econômica adotada no Brasil. Impossibilitado, pelas condições socioeconômicas desfavoráveis da maior parte da população, de reduzir significativamente o gasto público, a alternativa tem sido a de manter a carga tributária em percentuais acima da média mundial e, especialmente, dos países em desenvolvimento.

O papel do Poder Judiciário ganha ainda mais relevo nessa superestrutura, quando se leva em consideração a complexidade do sistema tributário nacional, que recebe regulação detalhada na própria Constituição Federal, diferentemente do que ocorre em constituições estrangeiras, que normalmente disciplinam, minimamente, o fenômeno da tributação, ou sequer o fazem. A adoção do sistema federativo e a instituição de princípios

de conteúdo indefinido e sujeitos à interpretação ideológica são fatores que contribuem para tanto.

Como resultado, o grau de litigiosidade, no direito tributário, está bem acima da média, exigindo do Judiciário uma resposta ágil e previsível no equacionamento dos conflitos de interesses que lhe são submetidos. É interessante ressaltar que, pela indisponibilidade do interesse público envolvido, conflitos em direito tributário não se submetem a instâncias alternativas de soluções de conflitos, a exemplo da arbitragem.

Esse é o tamanho do papel do 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, o que aumenta a dependência ao capital especulativo.

4 IMPREVISIBILIDADE DO JUDICIÁRIO: UMA QUESTÃO FILOSÓFICA?

Infelizmente, o mesmo estudo do IPEA que estabeleceu como premissa a posição do Judiciário como instituição econômica traz, em seu diagnóstico, um dado preocupante: a sua imprevisibilidade. O enfoque, entretanto, é mais sociológico do que propriamente jusfilosófico, analisada a imprevisibilidade sob a ótica das ambigüidades legislativas, da "judicialização" do conflito político e da "politização" das decisões judiciais. De certo modo, ao combater a atuação ideológica pelo Judiciário, não deixa de ser ideológico em si mesmo.

Com efeito, é indiscutível que, para o capital, é melhor que os conflitos sejam fundamentalmente decididos com base em padrões sobre os quais tenha ele maior ingerência. O que não é tão evidente, porém, é se a tutela do capital, tanto do ponto de vista jurídico como da economia política, deve preponderar indistintamente sobre a de outros valores também importantes.

Os economistas neoclássicos criticam a legitimidade política do Ju-

diciário para efetuar esse juízo de ponderação, pois entendem que a este compete apenas o cumprimento do sistema legal. Desconhecem que o próprio sistema legal, produzido na esfera política, ao estabelecer os princípios a partir dos quais deve ser interpretado, já estipula os valores que devem ser prestigiados, muitos dos quais não interessam ao capital. Ilegítimo, por parte do Judiciário, seria desconsiderar valores que prescreve o próprio sistema legal. A comparação é exagerada, mas, no Brasil, um juiz de ideologia nazista não se pode furtar a levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação da norma jurídica.

Não se trata de argumentar que o Judiciário é previsível e que o diagnóstico da pesquisa é infundado, senão apenas de refutar o enfoque sob o qual se lastreou, até porque essa imprevisibilidade, tão debatida ultimamente na opinião pública, não é novidade para os operadores do direito, habituados à dinâmica do processo de positivação do direito e, especialmente, à realidade forense.

O problema é que essa imprevisibilidade, um problema evidente, tanto sob a ótica jurídica quanto sob a econômica e a social, em vista do postulado da isonomia no regime democrático, não obtém justificação razoável pela grande maioria dos juristas – e não apenas dos juízes –, que preferem não verticalizar a discussão para reduzir o fenômeno a algo latente ao direito, com o que a sociedade é obrigada a lidar para fazer jus a um sistema de regulação das relações intersubjetivas.

No intuito de resumir essa perplexidade, Fabiano André de Souza Mendonça (2000, p. 114-116) escreve que:

> Todo profissional do Direito, cedo ou tarde, depara-se com uma situação na qual, presentes os mesmos requisitos fáticos, o Judiciário profere decisões díspares. É uma situação, até mesmo, explicável, se considerados distintos Tribunais ou juízes. Todavia, de difícil compreensão quando a contradição é evidenciada pelo mesmo órgão julgador (em geral, quando colegiado) ou por instâncias interligadas.
> [...]
> Quantas não são as causas em que a parte sai vitoriosa se cair para determinada turma ou seção de um tribunal e não para

> outra? Ou para tal juiz ou relator? Ou, então, sai com sua tese derrotada? Inúmeras.
> Ou ainda, quantas vezes um mesmo colegiado julgador não decide de maneira frontalmente contrária, apenas porque, em razão de determinada circunstância, alterou-se a sua composição mesmo em apenas um membro? Os exemplos pululam nos diários oficiais e repertórios de jurisprudência.
> Mais, ainda, quantas vezes não tem a parte que escolher o momento certo de interpor determinada ação, de ir buscar o seu Direito? Tudo porque ainda não se pacificou determinado entendimento. É comum a parte não obter determinado direito buscado e, tempos depois, o mesmo direito começar a ser concedido pelos Tribunais. O que faz com que a parte fique sem meios de fazer voltar atrás a decisão e a ela continue a se submeter.
> [...]
> Esse fato, comum em normas de origem judicial, configura típica antinomia sistêmica, conforme entende a lógica clássica. Isso por se ter existente um elemento de comando proibitivo e outro permissivo (não proibitivo).
> É interessante notar que o fato de decisões contraditórias serem incompreensíveis para o cidadão comum leva o tradicionalismo jurídico a ter isso por prova da especificidade de sua linguagem enigmática. Sem maior substância, que o direito é assim (?). A verdade é que o próprio jurista evita indagar tal assunto, porque também não sabe. Apenas diz, quando muito, que deve ser evitado.

É equivocado pensar que, meramente de uma perspectiva dogmática, é possível compreender essa imprevisibilidade como um problema e não como um determinismo, como algo ontológico. Somente uma análise que se debruce sobre o fenômeno jurídico como objeto é capaz de identificar - lhe as vicissitudes, pela indagação (e, se for o caso, contestação) das premissas sobre as quais ele assenta. É por isso que profissionais de outras áreas tendem a se conformar menos com esses problemas do que os próprios juristas, que concebem seu pensamento do ângulo de uma racionalidade já definida.

Por outro lado, como se trata de uma análise extremamente comple-

xa, somente o profissional que detenha um domínio bastante razoável da epistemologia jurídica, da teoria geral do direito e, ainda, da prática jurídica pode executá-la com um mínimo de segurança. É, então, nesse ponto que se coloca o problema da formação do profissional do direito no Brasil.

Com efeito, de há muito a sociedade brasileira se ressente da deficiente formação de seus juristas, não propriamente no que diz respeito ao domínio das ferramentas necessárias à prática jurídica e, especialmente, à judicial. Pelo contrário, o jurista, no Brasil, até estuda mais do que a média dos demais profissionais, até pela quantidade de informações diárias que é obrigado a assimilar, pela dinamicidade do direito. A questão é que a atuação desse profissional, talvez mais do que em qualquer outro, repercute decisivamente na vida em sociedade, mas como sua formação é excessivamente tecnicista, ele tende a não se preocupar tanto com isso. Ou, pelo menos, a não se preocupar como deveria.

Cláudio Souto (2003, p. 79) ressalta como o ensino interfere no perfil da prática judicial brasileira, dando ênfase ao papel dos juízes, os responsáveis pela diretriz que se imprime ao processo:

> Ninguém nega que o direito seja um fenômeno ao mesmo tempo de forma e de conteúdo. Contudo, o juiz brasileiro tinha, até há pouco tempo, à sua disposição, apenas uma educação jurídica quase exclusivamente lógico-formal. Configurando-se, assim, como que um imperialismo dos estudos voltejantes em torno de dogmas legais.

Como resultado desse perfil de ensino, a prática judicial brasileira adquiriu feições nitidamente formalistas, orientada preponderantemente pelo normativismo kelseniano. Isso se reflete não apenas no trabalho dos juízes, mas de todos os agentes que, de uma forma ou de outra, atuam no processo, como os advogados (privados, públicos e defensores públicos), os membros do Ministério Público e mesmo os servidores do Poder Judiciário.

Para Djason B. Della Cunha (2003, p. 60),

> [...] o poder judiciário brasileiro, mergulhado numa tradição cultural monista de perfil kelseniano, é marcado

> pelo influxo de um ordenamento lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja prática reduz o Direito e a Justiça a manifestações emanadas exclusivamente do Estado, criando, por conseguinte, uma prática reducionista da norma e da lei, do direito e da justiça. Pode-se perfeitamente verificar que este aparato judiciário e de legislação civil, montado para apreciar litígios de natureza individual e civil, torna-se inoperacional para lidar com conflitos coletivos de dimensão social emergidos do confronto entre o novo e o arcaico na realidade brasileira.

A teoria do austríaco Hans Kelsen indiscutivelmente constitui, até os dias atuais, uma das mais importantes contribuições à história da filosofia do direito já produzidas. Antes dele, nenhum pensador conseguira isolar o direito como objeto científico de tal forma que se tornasse possível compreender como se opera o fenômeno jurídico. Ainda hoje, por outro lado, muitos de seus conceitos são utilizados para a construção de teorias que melhor se adaptem aos anseios do mundo contemporâneo.

Entretanto, como a preocupação de Kelsen dizia respeito ao fenômeno jurídico em si, objetivando um anseio histórico por segurança jurídica, sua teoria não se detém a outros aspectos da realidade social. Reflete o estudo da norma desvencilhado da finalidade a que se presta e de seus destinatários. Adotando perfil neokantiano, a norma jurídica está no plano do dever-ser, produzida, tendo como base a norma fundamental, no processo de positivação do direito, por um ato de autoridade.

Dessa forma, a repercussão da prática jurídica e, por conseqüência, na prática judicial no mundo dos fatos está fora das cogitações kelsenianas, devendo, pois, ser objeto de outras ciências, como a sociologia, a política e a economia, que não a do direito. Ou seja, os critérios de validade na aplicação do direito são rigorosamente formais e, portanto, insuficientes para verificar o grau de utilidade para os indivíduos em sociedade, seus destinatários naturais.

Se isso não bastasse, a despeito de tentar imprimir o caráter de objetividade à norma, suposta condição de previsibilidade e segurança do direito, o próprio Kelsen admite a possibilidade de um certo subjetivismo da auto-

ridade no ato de aplicação. De fato,

> Com relação, ainda, à vinculação existente entre as normas de escalão superior e as normas de escalão inferior, Kelsen chama nossa atenção para a ocorrência eventual de uma relativa indeterminação (intencional ou não) do ato que prescreve o direito.
> [...]
> A indeterminação não-intencional, por sua vez, corresponderia à pluralidade de significações possíveis das palavras por meio das quais a norma se exprime, em geral decorrentes da vaguidade e da ambigüidade de seus termos. Pode acontecer, inclusive, que a verdadeira vontade do legislador venha a consistir em apenas uma dessas várias significações.
> [...]
> A figura da moldura é bastante atraente na teoria kelseniana. Dentro da moldura, que corresponde ao texto normativo, encontram-se várias possibilidades de sentido, notando-se que apenas uma delas será a preferida do órgão aplicador da lei. Mas os motivos que levam à escolha de uma entre as várias interpretações possíveis, segundo Kelsen, escapam ao alcance da teoria do direito.
> [...]
> Dessa forma, podemos concluir que Kelsen reconhece a incidência de valores de ordem política e moral no direito, ainda que não os assuma como próprios à ciência jurídica. Mediante um ato político, a autoridade competente escolhe um entre os vários significados possíveis de uma lei em função de sua interpretação (CAMARGO, 2003, p. 113-115).

É justamente a existência necessária dessa moldura que leva à imprevisibilidade da prática judicial de contorno normativista. Abrindo a norma esse relativo subjetivismo ao aplicador, é evidente que as normas produzidas, no processo de positivação, por mais de uma autoridade competente, podem resultar distintas. E como o normativismo alça a norma ao plano do dever-ser, esse fenômeno não lhe deve soar estranho. É um determinismo e não um problema, que o normativismo não é dotado de mecanismos para captar.

Acontece que o mero bom senso informa que, num regime demo-

crático, duas situações jurídicas materialmente iguais não devem receber tratamento diferente. Então, como explicar a um cidadão comum que um direito subjetivo postulado ao Judiciário foi regularmente concedido a outro cidadão e negado outro, em ambos os casos regular e licitamente? Como explicar que não houve violação à isonomia do ponto de vista formal? São indagações a que os normativistas não se preocupam em responder, porque alheias ao fenômeno jurídico.

O interessante é que, para um juiz americano, formado na tradição da common law, essa situação é absolutamente inconcebível, não apenas por força da teoria do binding precedent ou do stare decisis, mas por uma formação filosófica distinta. Ao contrário do que muitos pensam, a observância do precedente obrigatório, nos Estados Unidos, não decorre de previsão normativa de qualquer natureza. Influenciado em grande parte pela teoria do legal realismo, o juiz americano identifica a norma jurídica no momento da aplicação desta. A norma é aquela que efetivamente regula os interesses em conflito, encontrando-se no plano do ser e não do dever-ser. Ao invés da lógica, ele valoriza a experiência e a tradição do sistema jurídico.

Portanto, um juiz americano percebe claramente o problema isonômico posto quando dois cidadãos em situações diferentes recebem tratamento distinto. Ao contrário do juiz brasileiro, que decide segundo sua consciência (dogmática), o juiz americano decide segundo a tradição do direito americano, mesmo que não concorde com ela. Para ele, como resposta estatal, a situação esdrúxula não seria a de decidir, como juiz, contrariando sua própria convicção, mas de perceber que os cidadãos estão recebendo tratamento diferenciado pelo Estado.

Em interessante obra sobre o federalismo norte-americano, Bernard Schwartz (1984) ilustra como a Suprema Corte dos Estados Unidos desempenhou um papel extremamente relevante na definição do alcance do poder federal nos estados, forjando sempre a interpretação mais adequada à consecução das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento americano, até mesmo em momentos difíceis de recuperação econômica, como o posterior ao New Deal. Isso demonstra como o Judiciário americano se atém à repercussão de suas decisões e se preocupa com os anseios da sociedade.

Para Raimundo Bezerra Falcão (2004), não se pode dizer que o realismo jurídico configure propriamente uma escola filosófica. São fragmentos de várias concepções as quais procuram identificar o direito como uma questão de experiência e não de lógica – assim dizia o juiz Holmes, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Daí a relevância conferida à prática judicial, porque é, a partir desta, que o direito se efetiva e interfere na esfera subjetiva dos indivíduos. No realismo, é perceptível o caráter empirista e utilitarista da tradição filosófica dos anglo-saxões.

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 dogmático, e não pragmático, um direito da lógica, e não da construção de um sistema jurídico pela experiência.

5 IMPREVISIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ESTUDO DE CASOS

O impacto dessa imprevisibilidade é sentido com enorme freqüência em matéria tributária, em que causas semelhantes e de massa tendem a se repetir, especialmente em se tratando de tributos federais. O mais grave é que, estando o direito tributário inserido no direito público, o princípio da igualdade incide decisivamente para que os contribuintes em idêntica situação não recebam tratamento diferenciado pelo fisco.

É interessante registrar que a divergência de posicionamentos da jurisprudência não ocorre apenas entre precedentes de tribunais distintos, senão entre aqueles provenientes do mesmo tribunal e, com maior gravidade, do mesmo órgão colegiado de um tribunal. A situação torna-se ainda mais complexa quando se verifica que isso ocorre com uma freqüência impressionante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual a Constituição Federal, no artigo 105, III, a e c, atribui a competência de uniformizar a aplicação e a interpretação da lei federal.

A imprevisibilidade da jurisprudência conduz a outro fenômeno de

repercussões importantes. Tem - se tornado muito habitual a edição de ato legislativo destinado a regular matéria sobre a qual a jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, já se tenha posicionado anteriormente. Do ponto de vista sociológico, resulta que a instabilidade da jurisprudência termina por enfraquecer o próprio Judiciário, que perde papel institucional para o Legislativo, e demonstra uma certa incapacidade por este exercer sua função com a eficiência necessária. Politicamente, a indefinição de papéis institucionais gera um choque entre poderes que não é positivo.

Numerosos são os exemplos de posicionamentos jurisprudenciais já consolidados que terminaram sendo posteriormente modificados. Objetivando enriquecer a pesquisa, propõe-se, na metodologia deste trabalho, investigar e analisar, sob a ótica dogmática, alguns casos em que esse fenômeno efetivamente ocorreu em matéria tributária.

Como opção metodológica, são objeto de análise apenas precedentes do STJ, pela competência que se lhe atribui de uniformizar a interpretação da lei federal e do papel persuasivo de sua jurisprudência aos tribunais e juízos de instâncias inferiores. Não se trata de atribuir exclusivamente ao STJ a responsabilidade pela imprevisibilidade da jurisprudência brasileira, já que o fenômeno abrange a prática do Judiciário como um todo.

5.1 PRIMEIRO CASO: ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS DIRETORES, GERENTES E REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Um dos casos de relevante modificação da jurisprudência, dentre os identificados na pesquisa, é o que se refere à interpretação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe sobre a responsabilidade tributária dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado[3].

A responsabilidade tributária é uma subcategoria da sujeição passiva. O responsável tributário difere do contribuinte pelo fato de que sua relação

3 "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:[...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado;"

com o fato gerador, pessoal e direta neste, é meramente reflexa. Todavia, por questões de política tributária, havendo essa vinculação com o fato, embora indireta, a lei submete o responsável ao direito subjetivo do fisco de exigir a prestação tributária.

A instituição da figura do responsável tributário depende de previsão legal expressa, sob pena de contrariedade ao princípio da legalidade. O próprio CTN, assim, prescreve várias hipóteses, enunciadas entre os artigos 128 e 138, e conquanto cada uma delas tenha uma característica essencial, no que se refere à do artigo 135, tem relevância o caráter da solidariedade, justificada pela alusão do enunciado à prática de ilícito por um dos agentes referidos nos incisos (FARIA, 2004, p. 596-597).

Entretanto, a divergência na interpretação do alcance material da responsabilidade tributária prescrita no artigo 135 surgiu quando o fisco passou a defender que o mero inadimplemento de tributo ensejaria a incidência do dispositivo. O argumento apresentado ao Judiciário consistia em que o inadimplemento de obrigação tributária constituiria infração legal e, sendo assim, deveria ensejar subsunção à norma que impõe a responsabilidade dos agentes reportados no artigo 135, III.

A jurisprudência do STJ acolheu a tese da fazenda pública e se consolidou nesse sentido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgRg no AG 314836/RS**. Rel. Min. Garcia Vieira. Brasília, 25 set 2000. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 abr 2005; BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Primeira Turma. **RESP 248875/RS.** Rel. Min. Garcia Vieira. Brasília, 23 maio 2000. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 abr. 2005).

Evidentemente, uma vez consolidado o posicionamento, a administração tributária passou a dele utilizar-se para pautar sua estratégia de atuação, sobretudo nos processos administrativos fiscais. Sendo assim, muitos gerentes, administradores e representantes de pessoas jurídicas de direito privado tiveram inscrição em dívida ativa contra si efetuada, execução fiscal contra si movida, e bens de sua propriedade penhorados ou sob outras formas de constrição judicial.

No entanto, algum tempo depois, o STJ modificou radicalmente sua

interpretação do conceito de infração legal referido no artigo 135 e deixou de entender que o mero inadimplemento de tributo lhe estaria abrangido, sendo esse o posicionamento que ainda prevalece[4].

São indiscutíveis os inconvenientes causados por essa mudança de entendimento. Em primeiro lugar, em se tratando de interpretação de norma geral de direito tributário, a discussão não se restringe a um determinado tributo específico, de modo que o volume de capital envolvido tende a ser gigantesco. Em segundo, a matéria diz respeito a uma questão muito delicada do ponto de vista empresarial e suscetível de interferir na apreciação do grau de risco de investimentos: a proteção do patrimônio dos sócios da pessoa jurídica. Outrossim, também não se pode desconsiderar o dispêndio de esforço logístico e operacional da administração pública numa determinada linha de atuação, gerando um prejuízo significativo ao erário, tanto direto como indireto.

5.2 SEGUNDO CASO: PRESCRIÇÃO E RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF

Outra temática relevante que recebeu tratamento divergente pelo STJ foi a definição do termo inicial da prescrição para restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tanto no controle concentrado quanto no difuso, neste caso quando houver a edição de resolução pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Lançamento, conforme disposto no artigo 142 do CTN, é o:

> [...] procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **ERESP 174532/PR.** Relator: Min. José Delgado. Brasília, 18 jun 2001. Disponível em:<http://<www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr.2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **RESP 685006/RS**. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 14 dez 2004. Disponível em: <http://<www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

É pelo lançamento que se constitui o crédito tributário, este definido por Hugo de Brito Machado (2001, p. 141) como:

> [...] vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional).

Em que pese divergirem os autores que escrevem sobre a temática, o lançamento é normalmente classificado em três modalidades: de ofício, por declaração e por homologação. O traço distintivo do lançamento por homologação consiste em que, nele, o tributo é pago pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável) sem que haja prévio lançamento. Esse recolhimento é ou não posteriormente homologado pela autoridade fiscal, expressa ou tacitamente (caso não se efetue a fiscalização no prazo que lhe estipula a lei).

A questão é que, em vista dessa sistemática peculiar de constituição do crédito tributário, o STJ uniformizou sua jurisprudência no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de prescrição da ação para repetição do indébito por pagamento indevido segue uma regra específica, distinta da regra geral do artigo 168 do CTN.

Com efeito, decidiu o STJ pela aplicação da tese dos "cinco mais cinco", a qual parte da premissa de que:

> [...] se a lei obriga o sujeito passivo a pagar o tributo, sem o prévio lançamento, este se opera [...] pelo ato em que a autoridade administrativa expressamente homologa a atividade que o obrigado exerceu para realizar dito pagamento (ZUUDI, 2004, p. 639).

Como o lançamento, atividade privativa da autoridade fiscal, nos termos do artigo 142 do CTN, somente se efetua com a homologação do pagamento, deve ser esta o termo inicial do prazo prescricional. Assim, sendo tácita a homologação do lançamento, o termo final do prazo de prescrição se dá após dez anos, sendo cinco para homologação tácita e cinco de prescrição propriamente dita.

Entretanto, o próprio STJ excepcionou sua jurisprudência nos casos em que a restituição pelo pagamento indevido tem como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade pelo STF do tributo recolhido, seja em controle concentrado, seja em controle difuso, quando houver edição de resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da norma em questão.

Nesse caso, o STJ entendeu pela não aplicação da tese dos "cinco mais cinco", senão que o termo inicial da fluência da prescrição seria, dependendo do caso, da data do trânsito em julgado da decisão pela inconstitucionalidade em controle concentrado e da data da publicação da resolução pelo Senado Federal. Em ambos os casos, o prazo aplicável seria o de cinco anos, seguindo a regra do artigo 168 do CTN, apenas com termo inicial fixado sistematicamente conforme as particularidades envolvidas.

A consolidação da jurisprudência do STJ sobre a matéria, com suas particularidades, foi exposta de modo sistematizado na ementa do RESP 602710/AL, relatada pela ministra Eliana Calmon[5]

Contudo, logo depois desse julgamento, o STJ abandonou seu próprio posicionamento, passando a adotar indistintamente a tese dos "cinco mais cinco", mesmo nos casos de tributos declarados inconstitucionais, pelo STF, em controle concentrado e em controle difuso quando houver edição de resolução pelo Senado suspendendo a execução da norma[6].

Também nessa situação são numerosos os inconvenientes da modificação de posicionamento. Além daqueles mencionados no estudo de caso anterior, até porque prescrição se enquadra igualmente como norma geral de direito tributário, é relevante salientar a perda de legitimidade do STJ como referência jurisprudencial para as instâncias inferiores. A despeito das divergências quanto ao enquadramento da jurisprudência como fonte do direito, é indiscutível sua marcante feição persuasiva. Porém, num sistema jurídico como o brasileiro, é justamente a estabilidade que confere à jurisprudência essa característica.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **RESP 602710/AL**. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 16 mar 2004. Disponível em: http://<www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **EARESP 509453/MG.** Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 26 out 2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 abr. 2005; BRASIL. STJ. Segunda Turma. RESP 666838/MT. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 09 nov. 2004. Disponível em: http://<www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

5.3 TERCEIRO CASO: MULTA NO PARCELAMENTO OU DENÚNCIA ESPONTÂNEA?

Houve, da mesma maneira, modificação da jurisprudência do STJ no tocante à incidência ou não de multa em débito tributário parcelado. Inicialmente, o entendimento se uniformizara no sentido de que o requerimento de parcelamento do débito pelo sujeito passivo configura denúncia espontânea, excluindo do débito a multa. Posteriormente, o tribunal inverteu seu posicionamento e, reeditando o conteúdo da súmula nº 208 do Tribunal Federal de Recursos, passou a decidir que o parcelamento não se enquadra como tal.

Até a edição da Lei Complementar nº 104/2001, o direito positivo não estabelecia normas gerais sobre parcelamento, que se regulava por leis esparsas de cada ente tributante da federação. Como não havia definição segura sobre sua natureza jurídica, foi levada ao Judiciário a tese segundo a qual o parcelamento teria natureza jurídica de denúncia espontânea, instituto previsto no artigo 138 do CTN[7].

Denúncia espontânea, portanto, constitui "modo de exclusão da responsabilidade por infrações à legislação tributária" (CARVALHO, 1999, p. 473). Ela se opera pela confissão por parte do infrator da prática do ilícito à legislação tributária, antes do início da ação fiscal. Como benefício, explica Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 474) que:

> [...] a iniciativa do sujeito passivo [...] tem a virtude de evitar a aplicação de multas de natureza punitiva, porém não afasta os juros de mora e a chamada multa de mora, de índole indenizatória e destituída do caráter de punição.

Assim, como não havia uma regulação específica do parcelamento, a jurisprudência do STJ entendeu, inicialmente, que a providência de solicitá-lo ao fisco equivaleria à denúncia espontânea, evitando a incidência da multa sobre débito parcelado, inclusive da moratória, e não apenas da

7 "Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."

punitiva, contrariando a conclusão de parte da doutrina[8].

Todavia, no ano de 2002, foi publicada no informativo nº 139 a mudança do posicionamento do tribunal em relação à temática. O fundamento foi o de que o parcelamento não equivale a pagamento porque não implica, necessariamente, presunção de adimplemento das prestações vincendas dele decorrentes, excluindo, pois, o enquadramento no instituto da denúncia espontânea (BRASIL. STJ, 2002).

O fato gerou uma situação curiosa. O próprio STJ, já depois de ter modificado seu entendimento, foi levado a apreciar embargos de declaração de acórdãos anteriores, sendo obrigado a confirmar decisão (em sentido lato) proferida sob a posição anterior. É que, não encontrando nenhum dos vícios previsto do artigo 535 do Código de Processo Civil, ficou adstrito ao efeito devolutivo próprio da espécie recursal[9]

O debate de posições, tanto na jurisprudência como na doutrina, de certo modo se arrefeceu quando da edição da Lei Complementar nº 104/2001, que acresceu dois incisos ao artigo 151 do CTN, prescrevendo duas novas modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário[10]. Mas aquele ato legislativo também acresceu ao CTN o artigo 155-A, com alguns enunciados que disciplinam, com maior clareza, o instituto do parcelamento[11].

Do ponto de vista semântico, a norma legal posteriormente introduzida no sistema apenas confirmou o entendimento então predominante no STJ, quando de sua edição. Contudo, sob a ótica pragmática, a introdução no sistema de ato legislativo com conteúdo já definido pela jurisprudência constitui um dos exemplos de perda de espaço político da parte do Judiciário, em questão de marcante interesse econômico, arriscando-se a deslegitimar – se como instituição voltada à solução de conflitos.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma**. AgRg no RESP 111724/SC**. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 19 mar. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **EDcl no RESP 227912/RS**. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 15 ago 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

10 "Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento".

11 "Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. § 1º. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multa. § 2º. Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições relativas à moratória".

5.4 QUARTO CASO: PRESCRIÇÃO E TESE DOS "CINCO MAIS CINCO"

Depois de vários anos de discussões, o Poder Legislativo finalmente aprovou uma nova regulação do direito falimentar no sistema jurídico brasileiro, revogando as disposições do Decreto-lei nº 7.661/45 e a legislação extravagante pertinente à matéria. A nova sistemática foi introduzida no direito positivo em sua maior parte por meio da Lei nº 11.101/2005.

Outrossim, como a nova regulação pretendia também modificar a ordem dos privilégios creditícios no processo de falência, envolvendo assim as garantias do crédito tributário, foi necessária a edição, na mesma data daquele ato legislativo, da Lei Complementar nº 118/2005. É que essa matéria, sob pena de violação do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, é submetida a reserva de lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária.

O interessante é que todos os enunciados dessa lei complementar tratam sobre institutos de direito tributário, mas nem todos com repercussão sobre o processo falimentar, como se propunha. Dentre os que nenhuma relação têm com a falência, é de particular relevância para a temática abordada neste trabalho o artigo 3º[12].

O enunciado, ao incorporar ao direito positivo norma interpretativa (interpretação autêntica) do artigo 168 do CTN, não teria maior repercussão se não fosse por uma circunstância: a jurisprudência do STJ, órgão do Poder Judiciário ao qual compete a interpretação da lei federal, de há muito já tem posicionamento absolutamente uniformizado sobre o tema.

Com efeito, o artigo 168 do CTN tem como objeto a disciplina do prazo de prescrição para repetição do indébito tributário e, neste trabalho, já se demonstrou que, em se cuidando de lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ adotou a tese dos "cinco mais cinco", com a qual vem a romper essa norma interpretativa. Nessa temática específica, o curioso é que a uniformidade da jurisprudência não se verifica apenas pela reiteração de precedentes. Nas próprias ementas dos julgamentos, os relatores dos

12 "Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1o do art. 150 da referida Lei".

acórdãos são incisivos em apontar expressamente essa circunstância, tanto que, na ementa do RESP 661372/CE, relatado pelo ministro Castro Meira, consta a afirmação de que o STJ teria inclusive positivado a matéria, em alusão ao enquadramento de jurisprudência como fonte formal do direito[13]

A propósito, o fato de o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, na parte final, fazer referência ao artigo 150, § 1º, do CTN não infirma o argumento, uma vez que a aplicação da tese dos "cinco mais cinco" pelo STJ ocorre também nos casos de retenção na fonte (substituição tributária) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **RESP 327235/DF**. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 28 ago 2002. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 abr 2005).

Portanto, a jurisprudência do STJ foi de fato flagrantemente desconsiderada, desafiando sua legitimidade institucional e causando de imediato um enorme desconforto. Como o artigo 106, I, do CTN determina a aplicação da norma interpretativa ao ato ou fato pretérito, teoricamente o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deveria ter incidência até mesmo sobre os processos em curso, e o STJ rapidamente se deparou com essa situação, haja vista a enorme quantidade de processos em tramitação no tribunal sobre a matéria.

A reação negativa dos membros do STJ foi tamanha, a ponto de setores da imprensa especializada em questões econômicas terem divulgado que o "STJ deve derrubar regra da Lei de Falências" (BASILE, 2005), embora não se tratasse propriamente de disposição com reflexos sobre a matéria falimentar, o que certamente confundiu a população em geral. É importante ressaltar que a imprensa vinha elogiando, de forma bastante ostensiva, a iniciativa legislativa de modificar a vetusta disciplina legal da falência, e a notícia de que o Judiciário se insurgiria com ela soou como uma ameaça à iniciativa do Legislativo.

Abstraindo-se de qualquer discussão quanto à constitucionalidade ou à conveniência de edição do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, não se pode perder de vista o argumento suscitado pelo ministro do STJ José Delgado nessa específica reportagem: trata-se de norma interpretativa

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **RESP 661372/CE**. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 28 set. 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

de dispositivo em vigor há trinta e nove anos, tendo o tribunal uniformizado sua jurisprudência há aproximadamente quinze anos, pouco tempo depois de sua instalação.

O fato demonstra como a incapacidade de oferecer uma resposta segura aos anseios dos jurisdicionados, pela perda de legitimidade perante eles, enfraquece o Judiciário no espaço político, além de provocar um conflito com o Legislativo. Resulta desse enfraquecimento que os agentes econômicos passam a atuar nesse espaço político em outras vertentes para resolver o problema onde este encontre eco, como no Legislativo. O perigo é que, nesse caso, o interesse dos agentes econômicos tende a prevalecer diante de outros talvez até mais legítimos. O direito, então, tem sua função de regulação institucional do capital colocada em cheque, figurando como mero legitimador formal dos detentores do capital.

6 ESTUDO DE CASOS: JULGAMENTOS FUNDAMENTADOS EM ARGUMENTOS DE PRECEDENTE

Em que pesem todas essas considerações, seria incorreto afirmar que os juízes brasileiros não estão preocupados com essa situação de instabilidade. Pelo contrário, em todas as instâncias do Judiciário é muito comum a modificação de precedentes anteriores de uma determinada unidade jurisdicional com base em posicionamento da instância superior, especialmente do STF.

Na justiça federal, esse comportamento se verifica ainda melhor, até pela exigência de isonomia no trato das questões federais, caracterizadas por uma marcante massificação. Causas como a da correção das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) atingem, sem nenhum traço distintivo, todos os trabalhadores celetistas optantes de uma determinada época no território nacional, milhões e milhões de brasileiros, exigindo tratamento uniforme do Judiciário em qualquer lugar do país.

Salvo lamentáveis exceções, o juiz brasileiro tende a ser sensível a problemas como esse, até porque não é necessário maior aprofundamento filosófico para identificar a flagrante injustiça no fato de um trabalhador, apenas pelo azar de ter sua causa distribuída a um determinado juízo, ter negado seu

direito à correção das contas fundiárias, amplamente reconhecido pela jurisprudência, a ponto de haver sido editada a Lei Complementar nº 110/2001, outorgando à gestora do FGTS, a Caixa Econômica Federal (CEF), a possibilidade de transigir com todos os titulares respectivos que se enquadrem nos limites fixados pelo Judiciário, através da jurisprudência do STF e do STJ.

Entretanto, por sua formação normativista, o juiz brasileiro vive num constante dilema: independência do juiz versus isonomia na atuação jurisdicional. O interessante é que essa tensão filosófica se reflete na própria fundamentação dos julgamentos, à medida que, quando o pragmatismo prevalece ao dogmatismo, o juiz brasileiro sente a necessidade de expor como pessoalmente interpreta a situação jurídica levada à sua apreciação e explicar por que razões decide diferentemente.

Com o intuito de ilustrar o argumento com dados empíricos, foram consultados todos os juízes federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em exercício na jurisdição no mês de março de 2005, sobre como procedem nos julgamentos de causas de abrangência nacional cujas matérias são uniformizadas pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STF. Embora estivesse de férias, também foi contatado o juiz federal Walter Nunes da Silva Júnior, o qual prontamente contribuiu à pesquisa, que, ao final, atingiu doze dos quinze magistrados lotados nas nove varas da seção judiciária[14].

O resultado da investigação foi bastante elucidativo e confirma a hipótese levantada. Dos doze juízes consultados, apenas o juiz federal substituto Francisco Glauber Pessoa Alves, da 5ª Vara, não se recordou de ter modificado julgamento anterior com base em precedente de tribunais superiores. Todavia, não excluiu a possibilidade de tê-lo feito e, tampouco, de fazê-lo no futuro, não se tratando, assim, de uma recusa filosófica à modificação de posicionamento pessoal com base em uniformização da jurisprudência.

Portanto, onze dos doze magistrados consultados afirmaram já ter contrariado posição dogmática pessoal para seguir jurisprudência uniformizada. Nove deles, demonstrando interesse em colaborar com a pesquisa, enviaram sentenças

14 A pesquisa abrangeu os juízes federais Francisco Barros Dias, Walter Nunes da Silva Júnior, Magnus Augusto Costa Delgado, Edilson Pereira Nobre Júnior, Janilson Bezerra de Siqueira, Manuel Maia de Vasconcelos Neto, George Marmelstein Lima, Jailsom Leandro de Souza, Francisco Eduardo Guimarães Farias, Almiro José da Rocha Lemos, Francisco Glauber Pessoa Alves e Marco Bruno Miranda Clementino.

em que essa postura foi observada[15] e, o mais interessante, é verificar que a tensão filosófica apontada é refletida com clareza nas respectivas fundamentações, sendo de notar a necessidade sentida pelos juízes em expor seu posicionamento pessoal, sob a ótica dogmática, para só então adotar o argumento de precedente.

Cada magistrado faz uso de um estilo próprio. Uns, apenas ressalvam seu entendimento sobre a matéria que está sendo discutida, antes de decidir com base em precedentes de tribunais superiores. Outros se preocupam em expor a própria fundamentação de seu posicionamento. Há ainda aqueles que transcrevem inteiramente a fundamentação de julgamento anterior, por si proferido, sobre a matéria. Dentre todos os consultados, o único que se limitou aplicou o precedente sem se ater a como pessoalmente interpretava a questão sob julgamento foi o juiz federal substituto Almiro José da Rocha Lemos.

Todavia, a iniciativa de fundamentar julgamentos em argumentos de precedente, muitas vezes contrariando posicionamento dogmático do próprio magistrado, não constitui exclusividade da primeira instância da justiça federal. Também nos tribunais de segunda instância e mesmo no STJ isso ocorre de forma bastante freqüente, sobretudo quando se trata de seguir a jurisprudência do STF.

Com efeito, também consultado na pesquisa, o desembargador federal Marcelo Navarro, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) remeteu voto de sua autoria em que aplica o entendimento do STF, com a ressalva de posicionamento pessoal.[16] Por fim, o recente informativo nº 235, de 14 a 18 de fevereiro de 2005, dá conta de que o STJ, em acór-

15 As sentenças remetidas foram as seguintes: BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 3ª Vara. **Proc. nº 2003.84.00.008492-2.** Juiz Federal Francisco Barros Dias. Natal, 18 out 2003; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 2ª Vara. Processo nº 2004.84.00.008131-7. Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior. Natal, 16 dez 2004; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. **Processo nº 2001.1568-0.** Juiz Federal Magnus Augusto Costa Delgado. Natal, 10 dez 2001; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 4ª Vara. **Processo nº 98.2137-0.** Juiz Federal Edilson Nobre Pereira Júnior. Natal, 12 maio 1998; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Ceará. 11ª Vara. **Processo nº 98.0007049-4.** Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira. Fortaleza, 18 abr 2000; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. **Processo nº 2000.84.00.006974-9**. Juiz Federal Substituto Manuel Maia de Vasconcelos Neto. Natal, 07 nov 2000; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Ceará. 4ª Vara. **Processo nº 2001.81.00.018622-3**. Juiz Federal Substituto George Marmelstein Lima. Fortaleza, [?]; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. **Processo nº 2004.9835-4.** Juiz Federal Substituto Almiro José da Rocha Lemos. Natal, [?]; BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Pernambuco. 1ª Vara. Processo nº 2002.83.00.002188-7. Juiz Federal Substituto Marco Bruno Miranda Clementino. Recife, [?].

16 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Quarta Turma. **AC nº 250936/PB.** Relator: Des. Marcelo Navarro. Recife (PE).

dão relatado pelo ministro José Delgado, modificou posicionamento de há muito consolidado em sua jurisprudência, por força de precedente do STF, passando a não mais admitir que militar removido ex officio, matriculado na origem em universidade particular, tenha direito subjetivo a vaga em universidade pública (BRASIL. STJ, 2005).

Contudo, esses exemplos, ao invés de servirem de alento ao problema da instabilidade da jurisprudência, podem figurar como agravante. A postura paradoxal do Judiciário, refletida na própria fundamentação das decisões (tensão filosófica) e causada pela falta de um critério definido sobre quando o argumento de precedente será ou não observado, cria muitas vezes uma falsa expectativa no imaginário do jurisdicionado. A frustração dessa expectativa é péssima para a imagem do Judiciário, o qual termina sendo encarado, pela população, como uma instituição complexa, injusta e ineficiente para exercer sua função constitucional com previsibilidade mínima.

Um dado interessante é que existe uma tendência de os tribunais se preocuparem mais em seguir a jurisprudência de tribunais de instâncias superiores do que a própria, como se não houvesse um compromisso com o seu próprio perfil jurisprudencial. É assim que, pelo menos a jurisprudência do STF, é respeitada com maior freqüência, inclusive pelo STJ, como demonstrado anteriormente, com a vantagem de que se trata de um tribunal secular e de poucos membros, sendo raras as mudanças de composição. Disso resulta uma jurisprudência mais consolidada e com menos riscos de modificações súbitas, suscetível de ser acompanhada por instâncias judiciais inferiores com maior segurança.

7 CAUSAS E CONSEQÜÊNCIAS SOB A ÓTICA OPERACIONAL

Conquanto sejam inúmeros os inconvenientes da imprevisibilidade do Judiciário, sua causa parece resumir-se à falta de compromisso do magistrado brasileiro com a tradição jurisprudencial do tribunal de que é membro, e mesmo com seus próprios posicionamentos. É, em decorrência disso, que a jurisprudência é suscetível de modificação em função da mudança da composição de um tribunal de uma determinada época para outra, por motivo de doença de um dos membros do tribunal que o impeça

de se fazer presente à sessão de julgamento ou, simplesmente, quando um magistrado se arrepende de um posicionamento anterior e o modifica. Em nenhum dos casos, não se pode afirmar, num sistema que adote a tradição normativista, a existência de violação ao direito e tampouco de desvio ético. É conseqüência regular da própria positivação do direito.

Os vários inconvenientes, de sua parte, têm reflexos importantes em praticamente todos os aspectos da vida social. Primeiramente, ao que importa mais diretamente ao jurista, a violação da isonomia é antipática ao próprio direito. E, num sistema jurídico que se propõe isonômico, tem-se a impressão de uma certa impotência do direito de se autodeterminar, como se não fosse dotado de instrumentos para assegurar-se a si mesmo.

Como lembra José Afonso da Silva (1997, p. 132), invocando Aristóteles, a igualdade é o valor fundante do regime político democrático. Dizia ele há alguns anos:

> É o valor fundante porque, sem sua efetiva realização, os demais não se verificarão. A forma qualitativamente diferente de realizar esses valores é que distingue as duas versões atuais da democracia – democracia capitalista ou burguesa e democracia popular ou marxista[17].

Nessa linha, sob uma perspectiva política, um Judiciário incapaz de conferir tratamento isonômico na sua atuação manifesta um viés antidemocrático, rompendo materialmente com a racionalidade do Estado Democrático de Direito.

No plano econômico, em se tratando de um sistema capitalista, o tratamento isonômico é necessário para que não haja distorções no postulado da livre iniciativa. Nesse ponto, os precedentes analisados são especialmente elucidativos à compressão, bastando imaginar quantos milhões, quiçá bilhões, uma determinada pessoa jurídica pode ter recebido de repetição do indébito em função de haver sido beneficiada por um determinado precedente, e quanto uma concorrente sua eventualmente deixou de ganhar por força de um julgamento diverso. O lucro (fictício) gerado por uma decisão judicial, assim, interfere na atuação de um agente econômico, em detrimento de outro, rompendo as regras

17 A referência à democracia popular ou marxista está ultrapassada do ponto de vista histórico, mas, sob a ótica da ciência política, ainda pode ser vista como importante teoria.

de concorrência sob as quais se assenta a livre iniciativa.

Em direito tributário, a situação adquire maior complexidade porque as matérias que exigem tratamento isonômico não se restringem às causas de competência da justiça federal, mais habituada a questões repetitivas e de massa. Como estados e municípios não são titulares de competência residual, no tocante à instituição de impostos, sua competência tributária está restrita aos limites fixados na Constituição Federal. Assim, em que pese ao fato de o ente tributante definir, no exercício do poder de tributar, os elementos da norma tributária do imposto que institui, não se pode perder de vista que todos os brasileiros, de norte a sul, de leste a oeste, pagam os mesmos impostos, o que exige uniformidade de tratamento pela jurisprudência, sob pena de se estabelecerem distorções econômicas, lembrando que o capital tende a se deslocar para os territórios de tributação favorecida.

Merece destaque o fato de que o tributo de maior arrecadação no Brasil não é de competência da União, senão dos estados: trata-se do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), com 22% (vinte e dois por cento) do montante total no exercício financeiro de 2003 (AFONSO; ARAÚJO, 2004). Como o ICMS tem o consumo como base tributável, é um tributo de extrema relevância para a definição da política econômica (função extrafiscal), não apenas por seu volume financeiro senão também pela própria atividade tributada, o mínimo que se pode exigir, num sistema fiscal equilibrado, é um controle efetivo de sua incidência.

Entretanto, se não bastassem as dificuldades causadas pela estrutura federativa, em que cada estado federado exerce sua autonomia em questões de repercussões nacionais, e sem maiores preocupações coletivas, as causas relativas a esses impostos são submetidas a julgamento pelas justiças estaduais, absolutamente independentes umas das outras, o que dificulta iniciativas de uniformização da jurisprudência. Na justiça federal, se já existem os problemas apontados em capítulo anterior, existe pelo menos um órgão, o Conselho da Justiça Federal (CJF), preocupado com a padronização de determinadas posturas administrativas e compilação da jurisprudência, facilitando o acesso à informação (BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL).

Ademais, há uma questão cultural de fundamental importância. Enquanto a competência da justiça federal cinge-se normalmente a causas de abrangência coletiva, embora movidas individualmente, na justiça estadual ocorre justamente o inverso. É o juiz estadual que aprecia as questões da vida cotidiana, das relações de consumo, empresariais, familiares, sucessórias. Daí porque é menor, na justiça estadual, a preocupação de estruturação de uma jurisprudência unificada, reflexo sentido principalmente em matéria tributária, em que se exige uma postura mais isonômica.

É verdade que o direito positivo brasileiro, ao instituir, no artigo 5º, I, da Constituição Federal, o princípio da legalidade, elegeu a lei como fonte primária de norma jurídica, sendo de notar a inspiração do pensamento jusfilosófico positivista, do qual a corrente normativista já referida anteriormente constitui uma das espécies. Entretanto, nada impede que, no que for compatível com a realidade social e com o direito positivo brasileiros, algumas categorias próprias da tradição da common law sejam efetivamente incorporados ao sistema jurídico por via legislativa ou mesmo aplicados judicialmente.

Marcelo Alves Dias de Souza (2004), em estudo de direito comparado sobre o precedente judicial obrigatório, defendeu a compatibilidade do instituto com o sistema jurídico brasileiro. Ao demonstrar em sua análise como tem sido freqüente a adoção, em sistemas jurídicos filiados à tradição da civil law, de categorias próprias da common law, e vice-versa, o autor refere que, no próprio direito positivo brasileiro, tem - se tornado cada vez mais freqüente a introdução de institutos que se aproximam de precedentes judiciais obrigatórios, citando como exemplos, entre outros, o efeito vinculante das decisões proferidas em controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos, o prejulgado trabalhista, a sentença normativa na justiça do trabalho, os incidentes de uniformização de jurisprudência (tanto o do Código de Processo Civil como o previsto na Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais).

Na recente Reforma do Judiciário, formalizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi também incorporado ao direito positivo o instituto da súmula vinculante. A disciplina do instituto se deu mediante a introdução, na Constituição Federal, do artigo 103-A[18].

18 "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de

A iniciativa é importante do ponto de vista pragmático. Nada impediria que o próprio Judiciário assumisse, por si próprio, a postura de passar a praticar a teoria do binding precedent ou do stare decisis. Na Constituição Americana, por exemplo, não há previsão expressa de sua utilização naquele sistema jurídico. Todavia, como o magistrado brasileiro, em vista da tradição jusfilosófica predominante no sistema, não se sente habilitado a tanto, medidas como essa, criticadas por muitos teóricos que não aceitam o rompimento da prática judicial calcada por padrões formalistas, são importantes passos na transição para uma sistemática diversa, com o detalhe de que a súmula vincula também a administração pública, principal responsável, segundo mostram as estatísticas, pelo congestionamento de ações no Judiciário.

8 CONCLUSÃO: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL?

Em linhas gerais, o estudo demonstrou a importância institucional do Judiciário para a economia, especialmente como instância formalizadora e assecuratória da prática econômica. Daí porque a ineficiência do Judiciário tem indiscutíveis reflexos na esfera econômica, que muitas vezes busca, em vista da agilidade do capital, crescente no mundo globalizado e na sociedade informacional, meios alternativos de solução de conflitos.

Nas causas tributárias, entretanto, pela natureza das respectivas relações jurídicas, calcadas pela indisponibilidade do interesse público, não é possível recorrer a esses meios alternativos, cabendo ao Judiciário intervir quando surgem conflitos na tributação. Esses conflitos têm caráter marcantemente econômico, não apenas porque a atividade tributária consiste na apropriação de capital na iniciativa privada para fazer frente às necessida-

sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

des públicas, senão também porque, no Brasil, a carga tributária está bem mais elevada do que a dos Estados congêneres, em termos de padrões de desenvolvimento. Assim, as questões tributárias adquiriram, no Brasil, um interesse especial pelo enorme volume de recursos financeiros envolvidos.

Os economistas têm apontado com certa freqüência a imprevisibilidade do Judiciário como fator de desestímulo ao crescimento econômico, em discursos às vezes fundamentalistas, como se esse fosse o único problema do Estado brasileiro, de certo modo tentando eximir-se dos sucessivos fracassos governamentais de estabelecer um sólido e perene crescimento econômico, culpando instituições nas quais não têm como interferir diretamente.

Essa imprevisibilidade realmente existe e foi demonstrada neste trabalho. No entanto, trata-se de um fenômeno que não decorre de incompetência dos juízes ou de mau gerenciamento da instituição, como insinuam alguns. É conseqüência do formalismo de perfil normativista da ciência e da praxis jurídica no Brasil, que rejeita a interferência de outros aspectos da realidade na análise jurídica, a qual resulta puramente dogmática.

Ao contrário do americano, o juiz brasileiro não deve preocupação à repercussão de suas decisões, senão apenas à sua consciência, ética e jurídica, o que justifica a modificação freqüente de posicionamentos de tribunais quando há mudança de composição, quando ausente um dos membros do respectivo órgão colegiado, quando um magistrado reavalia o seu entendimento sobre determinada matéria e em demais situações cotidianas.

Paradoxalmente, não tem sido incomum, entre os magistrados brasileiros, a prática de fundamentar suas decisões com base em argumentos de precedentes ou precedentes persuasivos, especialmente dos tribunais superiores, especialmente em causas repetitivas nas quais o rompimento da isonomia gera maior perplexidade nos jurisdicionados. Entretanto, a falta de critérios definidos para tanto pode ensejar falsas expectativas, o que péssimo para o simbolismo do Judiciário no imaginário popular.

A fim de atenuar os efeitos da imprevisibilidade, o Legislativo tem introduzido cada vez mais no direito positivo brasileiro institutos que se aproximam daqueles empregados nos sistemas filiados à tradição da common law, cuja prática judicial está estruturada sob a teoria do binding precedent

ou do stare decisis. O exemplo maior foi a adoção da súmula vinculante por meio da recente Emenda Constitucional nº 45/2004.

Medidas como tal são importantes para aprimorar o sistema judiciário e adequá-lo aos anseios de uma sociedade caracterizada pela agilidade das informações e do rompimento das fronteiras, em que a celeridade e a eficiência são exigências fundamentais para o desenvolvimento. É verdade que uma formação do jurista mais aberta a esses problemas constitui providência até mais eficaz, mas, como mudança de mentalidade, é algo que se consolida mais lentamente, essas intervenções na legislação constituem medidas transitórias importantes.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Ed. Universitária, 1996.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAÚJO, Érika Amorim. 2003. **Uma análise da carga tributária global**. 2004. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0002441.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Justiça favorece alta dos juros. **Valor Econômico.** Brasília, 2004. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=167447>. Acesso em: 07 mar 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça deve derrubar regra da lei de falências**. Valor Econômico**. Brasília, 2005. Disponível em:<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=180026>. Acesso em: 04 abr. 2005.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002.

BRASIL. Banco Federativo. **Condicionantes e Perspectivas da Tributação no Brasil**. Disponível em <http://www.federativo.bndes.gov.br/f_estudo.htm>. Acesso em: 07 mar. 2005.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Site Oficial do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <www.cjf.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Site Oficial do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANO, Wilson. **Introdução à economia**: uma abordagem crítica. São Paulo: UNESP, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Djason B. Della Cunha. **Crise do direito e da regulação jurídica nos Estados constitucionais periféricos**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

EWALD, François. **Foucault:** A norma e o direito. Lisboa: Veja: Comunicações e Linguagens, [S.d.].

FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**. 3. ed. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MATTA, Emmanuel. **O realismo da teoria pura do direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia**: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2005.

PINHO, Carlos Marques. **Metodologia da Ciência Econômica**. In Manual de economia: Equipe de professores da USP. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **O precedente judicial**. 2004. 359 p. (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZUUDI, Sakakihara. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.