



## Luis Carlos: Como precedentes judiciais afetam o Direito Tributário

Princípio<sup>[1]</sup> com a ferina advertência de Alexandre José de Mello Moraes, que estava contida em seu livro *Chronica Geral e Minuciosa do Império do Brasil, desde a descoberta do Novo Mundo ou América até o ano de 1879*, publicado no longínquo ano de 1879, e de uma atualidade assustadora. Conquanto longa, a passagem merece ser integralmente transcrita:

*“Quando a posteridade ambiciosa de notícias do passado histórico do Brasil, perلustrar os meus escritos, e ler os queixumes, pelos desfavores que experimentei da parte do governo brasileiro dirá, como disse o grande padre Vieira, que o Brasil no seu tempo vivia enfermo, porque os que o governavam viviam da mentira, porque mentem às línguas, à imaginação, aos ouvidos, aos olhos, porque tudo mentem, e todos mentem. Um País fundado na mentira e na falsa política, filhas das duas Escolas de direito, que desgraçadamente se estabeleceram em Olinda e São Paulo, o estado a que o tem reduzido é o da chicana judiciária; e por isso, quem quiser furtar autorizado no Brasil, não necessita pegar no revólver, porque correrá risco de vida, entre na Justiça, que ficará com o alheio sem dificuldade. Disse o padre Vieira, falando das injustiças do seu tempo no Brasil, que sem justiça não há reino, nem província, nem cidade, nem ainda companhia de ladrões, que possa conservar-se.*

*Os que tem governado o Brasil, cuidam da política, e esta é tão tacanha e miserável que só se empenham por eleições, enquanto que deixam o País sem indústria, sem agricultura, sem comércio, sem navegação nacional e sem nada, e apenas com um pessoal enorme de juizes e empregados públicos, que absorvendo toda a seiva do Estado, nada possuímos que preste, porque tudo nos vem do estrangeiro.*

*Não temos tido um homem de Estado, um financeiro, e nem político; o que temos tidos são palradores inexperientes, ignorantes perfeitos do País e da sua história, e por isso que matam os tempos legislativos com “o dize tu e direi eu”, sem nada fazer-se que utilize ao Brasil”.*

Com efeito, o nosso passado não parece estar muito distante. Se olharmos a presente realidade da imensa maioria das pessoas que vive em nosso país, se observarmos os nossos indicadores econômicos e sociais, se analisarmos o quanto do PIB brasileiro é canalizado para sustentar uma administração pública que não tem dado o retorno que os contribuintes e cidadãos merecem, veremos que estamos muito distantes de sermos uma sociedade plenamente civilizada, e que o nosso Estado ainda não se consolidou como uma democracia republicana, uma coletividade que respeita às leis e às instituições, apesar de alguns avanços civilizatórios que desfrutamos.

Dentre os avanços civilizatórios, há o sentimento de que se faz necessário criarmos uma cultura de respeito aos precedentes judiciais. E o que os precedentes e o direito tributário têm em comum? Qual o papel do regime judicial-processual e a influência dele sobre o nosso modelo tributário brasileiro?

É lugar comum a atávica frase de que “imposto bom é imposto velho”. Qual a razão dessa máxima? Com essa afirmação pretende-se aceitar a hipótese de que tanto os contribuintes quanto o Fisco sabem como se comportar diante dos “velhos” tributos, ainda que esses “velhos” tributos sejam injustos ou inconvenientes. Ou seja, é possível estabelecer uma pauta de condutas e comportamentos a partir do que



já esteja longamente estabelecido. Há poucas surpresas. E os precedentes judiciais? Quais são os bons: os velhos ou os novos? Em linha de princípio, os “velhos” precedentes judiciais, assim como os “velhos” tributos, servem de guias sobre como se comportam os tribunais e quais expectativas podem ter os jurisdicionados.

Pede-se licença para uma breve análise da “jurisprudência pendular”, a partir do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de o condenado, antes do trânsito em julgado, ser recolhido à prisão. Em 5/10/2016, o STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44, confirmou a validade do recolhimento à prisão de condenado judicial, mesmo que ainda não tenha havido o trânsito em julgado. Esse recente julgamento placitou o quanto decidido em 17/2/2016, nos autos do Habeas Corpus 126.292, que alterou entendimento do próprio STF firmado em 5/2/2009, nos autos do HC 84.078, que, por sinal, modificou a tradicional jurisprudência da Corte, estampada nos HCs 68.037 (10/5/1990) e 69.964 (18/12/1992), no sentido de que seria possível o recolhimento à prisão de condenado judicial, ainda que não tivesse ocorrido o trânsito em julgado.

É possível dividir essa questão em 3 marcos temporais, tomando a promulgação da vigente Constituição como parâmetro. Entre 5/10/1988 até 5/2/2009 (por 21 anos), o tribunal entendeu possível o recolhimento à prisão de condenado, ainda que não tivesse havido o trânsito em julgado. Entre 5/2/2009 até 17/2/2016, o entendimento consistiu que somente com o trânsito em julgado deveria o condenado ser recolhido à prisão. E, confirmando o quanto decidido no dia 17/2/2016, a partir de 5/10/2016 não há mais a necessidade de esperar o trânsito em julgado para que o condenado judicial seja “definitivamente” recolhido à prisão. É um verdadeiro “pêndulo”, ainda mais porque a recente decisão foi tomada por 6 votos a 5.

Em nossa tradição jurisprudencial não há entendimento da corte ou do tribunal. Há o entendimento prevalecente da composição majoritária da corte. Nessa perspectiva, se houver a mudança de um membro do colegiado, há grandes chances de haver mudança da jurisprudência. Consequência prática dessa possibilidade: as instâncias inferiores não se sentirão encorajadas a seguir a orientação vencedora do tribunal ou desestimuladas a não seguir a orientação da corte. Ou seja, vale a pena apostar na “loteria” ou no “pêndulo” da jurisprudência brasileira. Os tribunais pátrios são os principais causadores da insegurança jurídica no Brasil.

No caso da “execução provisória da pena”, com a vênua das respeitáveis visões dissidentes, não vejo no texto constitucional brasileiro óbice para o recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado. Sem embargo do disposto no inciso LVII, artigo 5º, da Constituição Federal, que prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, acompanho o entendimento que, do ponto de vista constitucional, é possível analisar essa questão com lastro em outros preceitos, mormente os incisos LIII, LIV, LXI e LXVI, todos do artigo 5º.

Nessa perspectiva, não está na Constituição a solução para essa questão jurídica, mas na Lei ou na legislação processual penal: o quanto escrito e prescrito no artigo 283 do Código de Processo Penal. Eis o enunciado normativo do artigo 283 do CPP:



*“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.*

Nessa visão, que não é solitária nem isolada, somente haverá prisão em 4 hipóteses, segundo o artigo 283 do CPP: em flagrante delito, com o trânsito em julgado, preventiva ou temporária (ambas cautelares). Aonde se pode chegar? Que não está na Constituição o obstáculo impeditivo, mas na Lei, ou seja, no devido processo legal. O obstáculo para o recolhimento do preso antes do trânsito em julgado não está no princípio constitucional da presunção de inocência, mas no artigo 283 do CPP. Isso significa que se houver a mudança na lei, no artigo 283 do CPP, estaria legalmente autorizado o recolhimento à prisão de condenado judicial, ainda que sem o trânsito judicial, mas para isso se faz necessário modificar a lei; mudar o devido processo legal.

O que o STF fez foi corrigir as inconveniências normativas da Lei ou do Direito. Mas, com o devido respeito, não cabe aos magistrados e tribunais corrigir o Direito. Cabe ao Poder Judiciário julgar em conformidade com o Direito. A correção do Direito é tarefa do legislador (legal ou constitucional), jamais do julgador, ainda que esse julgador seja dotado de notável saber jurídico e de reputação ilibada. Aplicar o Direito, ainda que inconveniente, é tarefa do julgador; corrigi-lo é tarefa do legislador.

E o que o direito tributário tem a ver com esse citado julgamento ocorrido no plano processual penal? Responde-se: tudo a ver. É ocioso dizer, mas as raízes da modernidade constitucional estão fincadas no direito processual, no direito penal e no direito tributário. Se se voltar à Magna Carta inglesa, no longínquo 15/6/1215, se verá que lá estavam protegidos, contra o arbítrio do poder governamental, os direitos de propriedade dos súditos contra a tributação arbitrária e ilegal; os direitos de liberdade dos súditos contra as prisões ilegais e arbitrárias; e os direitos processuais dos súditos contra os processos e julgamentos ilegais e arbitrários.

Direito constitucional é, antes de tudo e de qualquer coisa, o *devido e aceitável* direito e processo penal e tributário. Direito constitucional nasceu para proteger normativamente a vida, a liberdade e a propriedade. E, segundo a tradição jurídica ocidental, tanto o direito tributário, quanto o direito penal, estão alcançados pelo princípio constitucional da estrita legalidade: não há crime nem pena sem prévia cominação legal; assim como não há tributo sem prévia tipificação legal. O Estado Democrático de Direito é o estado da estrita legalidade nos campos penais e tributários: é o Estado da Vida, da Liberdade e da Propriedade. E, à luz do que estava prescrito lá na Magna Carta, também não há civilização ocidental sem o respeito ao devido processo legal e sem julgamentos justos, porque em harmonia com as leis, e iguais, porque solucionam casos semelhantes com decisões semelhantes. Esse é o fio condutor dos precedentes judiciais: a igualdade de todos perante as leis e perante os tribunais.

Com efeito, em homenagem ao princípio da igual proteção as leis, devem os tribunais, para os casos similares, decidir as causas de modo similar. A justiça processual está em entregar aos jurisdicionados uma prestação que seja igual, se estiverem os jurisdicionados em iguais situações. E, muito provavelmente, nas questões tributárias a igual proteção das leis e a igual prestação jurisdicional é pressuposto indispensável e fundamental para que haja uma justiça tributária possível e adequada para uma sociedade que necessita de produzir riquezas, de criar empregos e de viabilizar políticas públicas



para os mais vulneráveis. E quem são os mais vulneráveis em qualquer sociedade? Os fetos que inocentemente vicejam nos sagrados úteros de suas mães; as mulheres abençoadas com a gravidez e a gestação de uma vida humana; as crianças, os adolescentes, as pessoas idosas e as pessoas portadoras de deficiências, porque todos estes são seres humanos física e emocionalmente indefesos. Uma sociedade civilizada e decente protege os mencionados vulneráveis. E somente essas pessoas vulneráveis e indefesas merecem especial e diferenciada proteção das Leis e das Instituições. E o “Estado civilizado” necessita de recursos.

Com efeito, e sem justiça tributária, tanto a processual, quanto a material, não há dinheiro arrecadado suficientemente para fazer face às gigantescas responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro, a partir do quanto disposto no artigo 3º, da Constituição Federal. Com efeito, segundo os preceitos desse aludido artigo 3º, *“constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.

Como o legislador constituinte originário resolveu transformar o Brasil em um “Paraíso”, em um verdadeiro “Jardim do Éden”, ou numa “Canaã” tropical, onde jorra “leite e mel”, se faz necessário fortalecer a musculatura desse “Leviatã” providencial, que se arvorou no dever de viabilizar a felicidade humana no orbe terrestre ou pelo menos aqui em “Pindorama”. Considerando que a Constituição autorizou o sistema econômico capitalista, o principal veículo de apropriação de riquezas por meio do Estado se dá através da instituição e cobrança de tributos.

Não cabe ao Estado a produção de riquezas ou de rendas. Quem produz riquezas e rendas são os indivíduos e as empresas. Quase nenhum Estado é capaz de criar riquezas, mas todos podem destruir as riquezas produzidas ou desestimular a sua produção. O papel do Estado é criar condições para que os indivíduos e as empresas, mediante o trabalho e a livre iniciativa, saiam da condição natural de pobreza e miséria, e entrem no estado cultural da riqueza e da bonança.

Tenha-se, no entanto, que o tributo é o “dízimo” que o cidadão (ou o crente) entrega para o seu “Deus terreno e artificial” em troca da concretização dos direitos e dos sonhos que estão plasmados no texto constitucional e nas leis brasileiras. Sem tributos não há direitos, nem sonhos concretizados. Há quem diga que o tributo e a morte são inevitáveis. Cuide-se que para o crente, a morte é o “passaporte” para o “Paraíso” celeste. Para o cidadão, o tributo é o pressuposto para o “Paraíso” terrestre. O problema dramático consiste em “morrer de pagar tributos e viver ou ir para o Inferno”. Nessa perspectiva, considerando que sem tributos não há direitos, especialmente dos de caráter prestacional do Estado, como sucede com os direitos sociais e com as promessas normativas da Ordem Social, é necessário instituir uma cultura de produção de riquezas e de apropriação de parcela dessa riqueza pelo Fisco. E nesse particular, a atuação do Poder Judiciário se torna um aliado relevante para esses “standards” comportamentais.

O Poder Judiciário deve ser a garantia de que os eventuais e excepcionais desrespeitos às leis serão punidos, de modo que todos, incluídas as autoridades governamentais, os gestores empresariais e os cidadãos comuns, se sintam estimulados à obediência ao Direito ou desestimulados à desobediência legal, por medo das sanções judiciais. Mas a regra há de ser o respeito às leis. Excepcionalmente as leis devem ser desobedecidas. Nenhuma sociedade suporta um Sistema Jurídico e Judiciário gigantesco, com



milhares de juízes, promotores, defensores, procuradores, policiais e auditores. Além de quase um milhão de advogados. Haja tributos e haja riquezas para tanto “Direito”. Quanto maior o sistema judicial de uma Nação, menor o grau de livre adesão e cumprimento das leis, o que revela alto o grau de patologia ética dessa sociedade. A rigor, o livre respeito ao Direito representa o estágio civilizatório de qualquer sociedade. E a obediência às decisões judiciais é um sinal de reverência às Instituições. E a principal força normativa de uma decisão judicial está em sua conformidade com o ordenamento jurídico e com os seus precedentes.

E como se constrói um precedente judicial? Como o novo Código de Processo Civil regula esse indispensável instituto normativo e civilizatório? No novo CPC, que entrou em vigor no ano de 2016, os elementos da sentença judicial estão elencados no artigo 489. A sentença judicial deve apreciar com seriedade as alegações e as provas das partes e considerar os textos normativos e a tradição do próprio Poder Judiciário, daí a vedação no sentido de que não deve a decisão judicial “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”, e a decisão judicial não deve “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. O magistrado, de qualquer instância ou tribunal, deve decidir tendo em perspectiva esses aludidos preceitos normativos, sob pena de nulidade jurídico-normativa e de carência de respeitabilidade social de sua decisão.

Na topografia do novo CPC, os artigos 926 e 927 prescrevem normativamente o dever de respeitar os julgados e precedentes das instâncias superiores. Essas prescrições normativas visam criar um novo padrão comportamental dos magistrados brasileiros, que se efetivado se revelará um avanço civilizatório e institucional de nosso País. Infelizmente, a tradição jurisprudencial brasileira não favorece a uma cultura de produção de riquezas, de estabilidade judicial e de segurança jurídica para um sadio ambiente econômico e social. O preço pago pela sociedade brasileira é altíssimo, especialmente pelos mais vulneráveis. Ostentamos índices sociais e econômicos ultrajantes. O nosso IDH não corresponde ao nosso PIB.

Está na hora de mudar essa triste realidade. Está na hora de nos orgulharmos de sermos uma sociedade plenamente civilizada e decente. Que a cultura dos precedentes judiciais tributários se concretize nesse desejável avanço civilizatório e institucional. Assim, as admoestações do grande Padre Vieira ficaram no passado como um capítulo inesquecível de nossa história. Mas não podemos perder a oportunidade de escrever uma nova história para o nosso futuro. As presentes e futuras gerações penhoradamente agradecem.

---

1 Texto confeccionado por ocasião de palestra proferida no II Congresso de Direito Tributário do Piauí, evento a ser realizado na cidade de Teresina – PI, entre 27 e 29 de outubro de 2016, no auditório da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Piauí, sob a organização dos professores Stael Freire, Maurício Cezar Araújo Fortes e Igor Mauler Santiago.

**Date Created**



01/11/2016