Imprevisibilidade da Justiça brasileira como fator de insegurança

Diante do resultado do julgamento dos Temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal, fico me perguntando se não seria o caso de me matricular em algum curso de Direito para me atualizar acerca de novos princípios e conceitos que emergem da atual interpretação que a nossa Corte Suprema tem anscendentes, de grande relevância social e econômica.

De fato, com o referido julgamento por apertadíssima maioria, o Brasil se torna, com certeza, o único país do mundo no qual a jurisprudência retroage ferindo de morte a coisa julgada material, que tem expresso assento constitucional.

Ora, é ressabido que a ordem se descortina essencial tanto à vida individual como ao convívio no seio da coletividade. Toda sociedade, independentemente de seu grau de evolução, pressupõe mínima organização, sem a qual de modo algum poderia subsistir. Conhecida é, a propósito, a exortação de Goethe, no sentido de que é preferível alguma injustiça à desordem, numa significativa demonstração de que ao seu sagaz espírito não passou despercebido que a existência normal do ser humano impõe uma estabilidade que só a ordem permite proporcionar. Essa exigência de ordem, que traz implícita a noção de segurança, indispensável a qualquer modelo de convivência, é de tal sorte profunda, que, ao longo do tempo, irrompe espontânea e natural.

Com o desenvolvimento da sociedade, uma das principais funções das instituições públicas é a de construir estruturas de ordem e estabilidade para regrar as relações entre os membros da comunidade. Cabe, assim, às normas jurídicas acrescentar, a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais, uma segurança específica e própria, à qual se costuma denominar de segurança jurídica.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Como bem destaca Arthur Kaufmann, na esteira, aliás, de secular concepção, um elemento indispensável da segurança jurídica é a força da coisa julgada das sentenças judiciais, significando que um provimento judicial que adquire tal *status* não mais pode ser impugnado pelos instrumentos jurídicos ordinários. *"O processo se encontra terminado:* Roma locuta, causa finita" (*Filosofía del Derecho*, tr. cast. Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, da 2ª ed. alemã de 1997, p. 349).

Com efeito, o dogma da coisa julgada visa essencialmente a pôr um ponto final nos litígios. É famoso, a propósito, o brocardo *interest rei publicae ut sit litium finis*…

A imutabilidade que passa a exornar o conteúdo decisório da sentença de mérito transitada em julgado, como expressivo e peculiar fenômeno do processo de conhecimento, tem por escopo, como é curial, de um lado, obstar à eternização dos litígios e, de outro, garantir a paz social, prestigiando a previsibilidade e sobretudo a segurança jurídica, ainda que em detrimento da própria justiça.

Não obstante, a teor do artigo 505, inciso I, do Código de Processo Civil, tratando-se de relação jurídica de prestações sucessivas, é possível que, com o passar do tempo, sobrevenha novo entendimento pretoriano, cuja eficácia se projetará para o futuro (*ex nunc*), ainda que contrária à precedente coisa julgada.

Tal fenômeno, aliás, não é incomum, em particular, nas relações tributárias. Determinado tributo poderá passar a ser exigido, por força de norma jurídica ou de decisão em controle concentrado supervenientes, tornando insubsistente a eficácia da coisa julgada formada sobre sentença anterior que havia declarado a inexigibilidade daquele tributo. São, na verdade, situações corriqueiras de mudança do estado de direito a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive de natureza constitucional.

Desse modo, declarada, por exemplo, constitucional a lei na qual se baseou a sentença para reconhecer não tributável determinada atividade do contribuinte, a obrigação tributária, em relação ao futuro, passará a ser exigível. O efeito vinculante da declaração de constitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior à eficácia dessa respectiva decisão, portanto, *ex nunc*.

É, pois, segundo lição de Teori Albino Zavascki, *"a partir da data da publicação da decisão do Supremo, cuja eficácia* erga omnes lhe *outorga incontestável valor normativo, que se opera uma relevante modificação do estado de direito: a da declaração, com efeito vinculante e* erga omnes *, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito normativo. Essa modificação, embora não seja apta a desconstituir automaticamente os efeitos passados e já consumados da sentença que julgou o caso concreto, terá, certamente, influência em relação aos seus efeitos futuros. Relativamente a estes prevalecerá, em substituição ao comando da sentença anterior, o efeito vinculante da decisão proferida na ação de controle concentrado"* (*Coisa Julgada em Matéria Constitucional: Eficácia das Sentenças nas Relações Jurídicas de Trato Continuado*, Doutrina do STJ, edição comemorativa — 15 anos, 2005, pág. 129).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Foi nessa direção, em obséquio à garantia da coisa julgada, que, há mais de dez anos, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese atinente ao Tema Repetitivo 340, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.118.893/MG, no sentido de que: *"Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade*".

Ora, todos estes fatores ao longo do tempo infundiram nos contribuintes a certeza de que não seria mais exigida a CSLL até que eventualmente tal orientação fosse modificada. Assim, como bem apontado em lúcido e preciso texto de Hamilton Dias de Souza, diante da situação jurídica então vigente, *"empresas que possuíssem decisões, definitivas, que validassem o não recolhimento de determinados tributos não estavam obrigadas a reportar tais fatos em seus balanços, muito menos provisionar os valores aproveitados"* (*Nota a respeito do julgamento dos temas 881 e 885 de repercussão geral*, inédito).

É ocioso frisar que a eficiência da justiça e a constância da jurisprudência em relação a determinadas questões de natureza empresarial trazem significativos reflexos no contexto econômico.

Na verdade, a insegurança que nasce do advento de um novo precedente, em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de incerteza gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a *nova regula*.

Esse problema foi enfrentado pela Suprema Corte da Alemanha, que revelou grande perplexidade com o fato de que a mudança de rumo dos precedentes judiciais pode mesmo ensejar o *"desaparecimento da base do negócio, quando as partes contratantes partiram da análise da situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior"* (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., tr. port. José Lamego, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1997, pág. 617).

No entanto, no indigitado pronunciamento por demais tardio, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar no último dia 8 de fevereiro, os Recursos Extraordinários 949.297 e 955.227 (temas de repercussão geral 881 e 885), de forma absolutamente inusitada, por maioria, deixou de modular os efeitos da decisão. O ponto fulcral do debate estabelecido entre os ministros girava em torno da discussão se a exigência de recolhimento da CSLL seria a partir do acórdão ou se retroagiria a 2007, quando o Supremo reputou constitucional a cobrança da contribuição.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Deixando então de fixar um marco temporal, ou seja, de modular os efeitos do acórdão, não tenho dúvida em afirmar que o resultado da decisão colegiada vulnera expressamente a coisa julgada, para atingir *ex tunc* "*os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado*" atinentes à exigência da CSLL.

Isso significa que os contribuintes que estavam garantidos porque tinham a seu favor a eficácia da coisa julgada mesmo antes de 2007 agora passam a dever, certamente com todos os encargos incidentes, a CSLL a partir de 2007 (em muitos casos, mesmo observando-se os prazos decadencial e/ou prescricional aplicáveis)! Como se infere de exemplo fornecido em reportagem estampada no caderno *Economia & Negócios*, publicada no *Estadão* de 10 de fevereiro, o *"Grupo Pão de Açúcar (GPA) estava isento da CSLL desde 1992, por decisão judicial. Agora, terá de pagar o tributo, retroagindo a 2007 — ano em que o STF definiu que essa cobrança era constitucional. A empresa estimou que terá de pagar R$ 290 milhões*". A rigor, invocando mais uma vez o experiente ponto de vista de Hamilton Dias de Souza, *"o prejuízo imposto aos contribuintes, relativamente a períodos passados, tem origem na demora do próprio Judiciário, que, apenas em 2023, veio a regrar, por seu tribunal de cúpula, os efeitos de suas decisões sobre os casos transitados em julgado".*

Não se trata, à evidência, de aposta alguma, uma vez que estes contribuintes tinham assegurada a inexigibilidade da CSLL: a) pela coisa julgada; e b) pelo expressivo pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na fixação do Tema Repetitivo 340. Sabe-se que esta orientação aplica-se a diversos contribuintes amparados pela eficácia da coisa julgada que lhes asseguravam a inexigibilidade de outros tributos posteriormente declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, como IPI na revenda de importados e Cofins de sociedades prestadoras de serviços.

Igualmente legítima e compreensível a expectativa, surpreendentemente frustrada, de que o novo entendimento somente agora adotado pudesse ser objeto de modulação. Afinal, assim se dera em situação em tudo semelhante, em que foram resguardados os interesses fazendários em razão da " *interpretação até então consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de recurso repetitivo*" (STF, Tema 69).

Concluo, por fim, que o referido julgamento, além de rasgar a Constituição Federal, que consagra, no artigo 5º, inciso XXXVI, a garantia fundamental da coisa julgada, produz inequívoca incerteza e insegurança às relações negociais, em detrimento do prestígio ao Supremo Tribunal Federal.

Date Created
14/02/2023

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.