

ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621/RS COMO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO A FAVOR DA SEGURANÇA JURÍDICA: O papel da Jurisdição Constitucional e a aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law* no respeito ao precedentes dela derivados

ANÁLISIS DE LOS RECURSO EXTRAORDINARIO 566.621/RS COMO PRECEDENTE NECESARIOS PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA: El papel de la jurisdicción constitucional y la aproximación de los sistemas de common law y civil law en lo que respecta a los precedentes- ciones derivadas de las mismas

Luiz Carlos Gieseler Junior¹

Resumo

A Jurisdição Constitucional busca manter a integridade constitucional dos atos públicos e das normas jurídicas. Assim, a obediência aos precedentes derivados da Jurisdição Constitucional deve ser rigorosa pelos órgãos do Poder Judiciário. Para isso, há que se firmar, essa obediência, em precedentes firmes e que impliquem em decisões para serem seguidas, visando alcançar segurança jurídica. O Recurso Extraordinário 566.621/Rs analisado encontra-se dentro deste espírito de segurança jurídica, pois declara inconstitucionalidade do art. 4.º da Lei Complementar 118/2005 em razão de sua retroatividade.

Palavras-chave: segurança jurídica, jurisdição constitucional, *common law*, *civil law*, precedentes.

Resumen

La jurisdicción constitucional tiene por objeto mantener la integridad de los actos públicos constitucionales y las normas legales. Así, la obediencia a los derivados precedentes de la Jurisdição deben ser estrictos órganos constitucionales del Poder Judicial. Para ello, tenemos que establecer esta obediencia en la empresa anterior y la participación en las decisiones que deben seguirse a fin de lograr la seguridad jurídica. El Resp

¹ Mestrando em Direito pela Unibrasil em Direitos Fundamentais e Democracia. Especialista em Direito Tributário pela UniCuritiba. Atualmente é Advogado inscrito na OAB-Pr. sob. n.º 44.937, atuando como Administrador Judicial perante o 1.º Ofício da Fazenda Pública, Falências e Recuperações de Curitiba e defensor dativo na Comarca de Guaratuba perante o Tribunal do Júri. Professor da Faculdade Estácio de Curitiba das disciplinas Direito Tributário, Direito Financeiro. Coordenador das Atividades Complementares da Instituição. Professor da Facinter - Faculdade Internacional de Curitiba - da disciplina de Direito Empresarial III e Direito Constitucional II. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário e Direito Processual e em Falências e Recuperações.

566.621/Rs analizado es dentro de este espíritu de seguridad jurídica, como se indica en la inconstitucionalidad del art. 4. De la Ley Complementaria 118/2005, debido a su re-troactividad.

Palabras clave: la seguridad jurídica, jurisdicción constitucional, civil law, common law, precedente.

1. A importância dos Precedentes na Jurisdição Constitucional e a aproximação do sistema da *common law* com a *civil law*

A Jurisdição Constitucional consiste, em resumo, na possibilidade do Poder Judiciário fazer o controle de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, sem, contudo, haver usurpação das funções, ou seja, é a atribuição a um órgão – no caso o Poder Judiciário – de verificar a conformação das leis às normas constitucionais. Como bem explica Hans Kelsen a Jurisdição Constitucional é: “[...] a garantia jurisdicional da Constituição”, e “[...] é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”². E, ainda, como ensina Luís Roberto Barroso:

“[...] a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”³.

Assim, é função da Jurisdição Constitucional manter o equilíbrio e conformação das normas infraconstitucionais com o texto constitucional através destes mecanismos de controle. Como bem explica Octavio Campos Fischer:

[...] a jurisdição constitucional existe basicamente para dar proteção e eficácia à Constituição. Do contrário, esta não se põe como norma, muito menos como norma fundamental e superior. E, quanto maior for a dimensão da Constituição tanto maior serão a responsabilidade e as tarefas daquela jurisdição. [...]⁴

² KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, pgs. 123-124.

³ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 359.

⁴ FISCHER, Octavio Campos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12 e 13.

No Brasil, adotou-se o controle de Constitucionalidade *difuso* – realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário e *concentrado* – realizado pelo Supremo Tribunal Federal - que caminham, quase sempre, em harmonia.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal deve ser o órgão condutor deste controle com a vinculação de suas decisões, seja no âmbito difuso ou concentrado, ao demais órgãos do judiciário. Isto porque ao atribuir a função jurisdicional constitucional ao Supremo, a Constituição Federal outorgou também o dever, além de manter a conformação da normas à constituição, de trazer Segurança Jurídica ao cidadão, sempre na ideia de autodeterminação, previsibilidade e estabilidade da ação estatal, especialmente no âmbito do Poder Judiciário e a firmeza dos precedentes oriundos da Jurisdição Constitucional.

Os precedentes da Jurisdição Constitucional, então, devem ganhar força vinculante e trazer integridade ao sistema brasileiro, pois traduzem em segurança jurídica na atuação do Poder Judiciário. Estefânia Barbosa entende, inclusive, que não apenas conformar a constitucionalidade, mas os princípios e com coerência:

Por outro lado, defender o respeito à doutrina dos precedentes vinculantes para garantir a previsibilidade das decisões judiciais e a consequente segurança jurídica não significa a impossibilidade de alteração deles, ao contrário, mesmo nos casos de revogação ou distinção de precedentes se estará garantindo a segurança jurídica, pois o que se exige não é a certeza da decisão, mas que os Ministros julguem de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos com uma coerente e defensável visão do conteúdo do direito.

Deve, assim, o STF falar com uma única voz, atuando de maneira principiológica e coerente em relação aos jurisdicionados, de modo que se estenda a todos os standards substantivos de justiça e equidade que foram utilizados para alguns, devendo levar em conta não só o texto escrito da Constituição, mas também os princípios não escritos, os direitos fundamentais implícitos ou a Constituição invisível, os quais poderão ser retirados dos precedentes judiciais e da prática constitucional brasileira, de modo que a decisão reflita, da melhor maneira possível, a moralidade política da comunidade.⁵

⁵ BARBOZA, ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ. Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea, Ano de obtenção: 2011, pg. 249.

Por essas razões, é que Luiz Guilherme Marinoni enfatiza a necessidade de atribuir efeito vinculante às decisões que devem ser estáveis, mesmo em se tratando de controle difuso nas decisões tomadas em recurso extraordinário:

Assim, chega-se ao momento em que é possível definir o significado de se atribuir efeito vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário. Não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida.

Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.⁶

E, ainda, adverte que:

[...] O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável.⁷

Portanto, a importância do respeito aos precedentes é inegável e funda-se, como explica Estefânia Barbosa, em que: “O precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos.”⁸

Para isso, há que se lembrar que se faz necessária uma aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, para dar força maior e mais contundente aos precedentes, pois o Brasil adota o sistema da *civil law*, onde a fonte principal é a lei e o papel do Poder Judiciário é a dar a interpretação e o alcance desta lei. No sistema da *common*

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 2^a ed. São Paulo: RT, 2011, pg. 461

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 2^a ed. São Paulo: RT, 2011, pg. 460.

⁸ Op. cit., pg. 167.

law a lógica muda de foco e são as decisões judiciais a principal fonte do direito. Como bem explica Estefânia Maria de Queiroz Barboza citando Bishop:

Para BISHOP, o *common law* se funda principalmente na racionalidade enquanto o *civil law* e suas codificações se fundam no comando; isso quer dizer que há uma racionalidade ao se seguir as decisões judiciais no sistema de *common law*, na medida em que se garante dessa forma uma estabilidade e uniformidade.⁹

Para obter uniformidade e estabilidade é que entra a doutrina da *stare decisis* que segundo a mesma autora:

A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam nos países anglo-saxões, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quieta non movere*.

A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que GOODHART chama de “doutrina do precedente individual obrigatório”, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação.¹⁰

Então pode-se extrair que o princípio fundamental do sistema do *common law* é “[...] que casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante.”¹¹

Porém, é preciso firmeza e coragem no enfrentamento da questão do respeito aos precedentes e da aproximação dos sistemas, pois Luiz Guilherme Marinoni¹² enfatiza que:

⁹ BARBOZA, ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea*, Ano de obtenção: 2011, pg. 164.

¹⁰ Op. cit., pg. 168.

¹¹ Op. cit. pg. 168.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009, pp. 175-232 [206-207].

Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isto deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica.

Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar.

Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. [...].

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário.

Postas estas considerações forçoso concluir que a doutrina de respeito aos precedentes e esta aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law* vêm ao encontro da segurança jurídica, especialmente na atuação do Poder Judiciário, pois o jurisdicionado não pode ser surpreendido por decisões judiciais descuidadas dos precedentes.

Para o que aqui importa a este trabalho, com base na Jurisdição Constitucional e no respeito aos precedentes é que analisaremos o julgamento do Recurso Extraordinário 566621/RS e sua função como precedente em busca da segurança jurídica.

2. A Lei Complementar 118/2005 e a inconstitucionalidade do seu artigo 4.º e o Julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/RS como precedente

Após a edição da Lei Complementar 118 de 09/02/2005 criou-se uma situação inusitada com relação ao direito de requerer a repetição do indébito nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como o IR por exemplo. Isto porque a lei complementar, nos arts. 3.º e 4.º aduz que:

Art. 3.º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional¹³, 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 Lei¹⁴

Art. 4.º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3o, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Os referidos artigos, na interpretação literal ou autêntica, davam conta de que não havia mais aplicabilidade da teoria dos cinco mais cinco para os tributos sujeitos a homologação, isto é, o termo inicial do prazo para repetição do indébito deslocou-se para a data do pagamento antecipado e não mais da homologação tácita ou expressa.

Ocorre que, ao assim determinar a nova lei, acabou por gerar insegurança jurídica na medida em que, a pretexto de ser meramente interpretativa, a lei alterava a contagem do prazo para repetição do indébito, reduzindo-o na prática, o que implica, necessariamente, surpresa ao contribuinte e imprevisibilidade da atuação estatal e que reflète, diretamente, na atuação do Poder Judiciário.

Tal situação significa retroatividade da lei o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Nelson Monteiro Neto defende que:

[...] levando-se em conta que a norma do art. 3º da LC 118 não tem caráter interpretativo, mas feição modificativa, segue-se que se mostra de todo inaplicável com relação aos tributos indevidamente pagos, em momento anterior a sua vigência, notando-se que semelhante lei entrará em vigor na data de 9 de junho de 2005, conforme preceituado no art. 4º, 1ª parte.

Por conseguinte, demonstrado que em absoluto não se trata aqui de “lei interpretativa”, é intuitivo que a disposição contida no art. 4º, 2ª parte, da LC 118, afigura-se ilegítima, ou melhor, ilegal até, e isso porque contraria a norma do art. 106, inciso I, do CTN, na medida em que não tem amparo no preceito do art. 3º (o qual, conforme se viu, determinado o verdadeiro

¹³ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

¹⁴ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento

sentido e alcance, não se compreende na classe das “leis interpretativas”). Illegal significa contrário à lei, e esta hipótese em determinadas circunstâncias se configura inclusive quando é editada uma norma legal em contradição com o direito positivo, ou, mais exatamente, com o direito federal infraconstitucional. E, como se sabe, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional.¹⁵

Assim, por ser uma questão que envolveu certa oscilação de interpretação jurisprudencial, o STJ, conforme sua competência, através de incidente de uniformização chegou ao seguinte entendimento, em abril de 2009:

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL RELACIONADA AO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO VISANDO À RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

HIPÓTESE EM QUE HOUE MANIFESTA DIVERGÊNCIA ENTRE A ORIENTAÇÃO ACOLHIDA PELA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE.

1. Havendo manifesta divergência entre a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e a orientação acolhida pela Turma Nacional de Uniformização, na questão de direito material relacionada ao termo inicial do prazo prescricional quinquenal para ajuizamento de ação visando à restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, impõe-se o pronunciamento sobre o mérito do incidente de uniformização.

2. A Corte Especial, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736/PE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2007), sintetizou a interpretação conferida por este Tribunal aos arts. 150, §§ 1º e 4º, 156, VII, 165, I, e 168, I, do Código Tributário Nacional, interpretação que deverá ser observada em relação às situações ocorridas até a vigência da Lei Complementar 118/2005, conforme consta do seguinte trecho da ementa do citado precedente: "Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador." 3. Ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, a Corte Especial ressaltou: "(...) com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu

¹⁵ A RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO INDEVIDAMENTE PAGO E OS VISTOSOS ARTIGOS 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005 (REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A PROPOSITURA DA DEMANDA) - Nelson Monteiro Neto (Publicada no Juris Síntese nº 54 - JUL/AGO de 2005)

em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova." 4. Incidente de uniformização acolhido para fazer prevalecer a orientação jurisprudencial firmada pela Corte Especial.¹⁶

A celeuma chegou ao STF e foi relatado pela Ministra Hellen Gracie e, após o julgamento, recebeu, em sede de controle difuso de constitucionalidade a seguinte ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – **VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA** – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. **A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.** Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de

¹⁶ Pet 6.013/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 03/06/2009.

2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.¹⁷ (grifo nosso)

Extrai-se do corpo do acórdão percucientes observações tecidas pela relatora Ministra Hellen Gracie que calham ao aqui estudado e que revelam que o ônus argumentativo de reputar inconstitucional uma lei, especialmente uma lei complementar, é maior e mais oneroso no que diz com sua fundamentação e, portanto, tem na segurança jurídica seu maior esteio:

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, 1998, p. 250), destaca "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito". O professor Luis Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã* (Fabris, 1995, p. 186), ensina que "Tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção á confiança são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito [...] Ambos tem índole constitucional e, assim, servem de critério normativo".

E, então, arremata o raciocínio da inconstitucionalidade em razão da violação do princípio da segurança jurídica:

Reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução de prazo que alcance prazos já interrompidos, bem como da aplicação, imediatamente após a publicação da lei, às novas ações ajuizadas, sem assegurar aos contribuintes nenhum prazo para que, deduzindo suas pretensões em Juízo, pudessem evitar o perecimento do seu direito, considerando violado pelo art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, o princípio da segurança jurídica nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, que repousam implícita e expressamente nos arts. 1º e 5º, inciso XXXV da Constituição.

¹⁷ RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273

Desse modo, foi reputado como inconstitucional o art. 4.º segunda parte da Lei Complementar 118/05, pois reduziu prazo em prejuízo do contribuinte e suas pretensões deduzidas em juízo.

Então, o papel deste importante precedente no respeito ao que, em sede de controle difuso se decidiu, para os demais órgãos do Poder Judiciário, reside na segurança jurídica que implica, não apenas para o contribuinte, mas para os jurisdicionados e suas ações de repetição do indébito, na certeza de que suas pretensões têm precedentes que lhes são favoráveis, podendo determinar-se dentro dos conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça.

Portanto, o papel do princípio da segurança jurídica no julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/Rs é mister necessário para o objeto deste trabalho posto em debate.

3. Segurança Jurídica como fundamento do Recurso Extraordinário 56621/RS

A segurança Jurídica foi o mote da decisão do Recurso Extraordinário 566.621/Rs. A segurança Jurídica é um dos esteios do Estado Democrático de Direito. Como bem observa Geraldo Ataliba *apud* Regina Helena Costa consiste "[...] a segurança jurídica a essência do próprio Direito. [...]"¹⁸ E, segundo a mesma doutrinadora a *segurança jurídica* compreende as ideias da: *existência de instituições dotadas de poder e garantias; confiança nos atos do Poder Público; estabilidade das relações jurídicas; a previsibilidade dos comportamentos e a igualdade na lei*¹⁹.

¹⁸ HELENA COSTA, Regina. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 55.

¹⁹ Idem.

Podemos citar ainda que: [...] o princípio da segurança jurídica é um elemento substancial do Estado de direito, que é o fundamento jurídico da dignidade humana, que o Estado democrático deve respeitar e proteger.²⁰

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

[...] a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder²¹

A segurança jurídica visa buscar a realização ao máximo do Estado no respeito ao direitos fundamentais, como ensina Cleide Previtalli Cais: “O princípio constitucional da certeza do direito ou da segurança jurídica permite aos cidadãos o controle da discricionariedade do legislador vinculado em sua tarefa aos valores máximos para o Estado de Direito”²².

E o Ministro Marco Aurélio Melo do Supremo Tribunal Federal enfatiza acerca da segurança jurídica:

O regime democrático pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. A paz social embasa-se na confiança mútua e, mais do que isso - em proveito de todos, em prol do bem comum - no respeito a direitos e obrigações estabelecidos, não se mostrando consentâneo com a vida gregária, com o convívio civilizado, ignorar-se o pacto social, a única possibilidade de entendimento. Tampouco condiz com a democracia a modificação das regras norteadoras das relações jurídicas pelo enviesado ardid de empolgar-se lei, conferindo-lhe eficácia capaz de suplantar garantias constitucionais, isso a partir de simples interpretação. Em assim não sendo, ter-se-ia o caos, a babel, a unilateralidade das definições, em nada influenciando os compromissos assumidos, como se a lei vigente fosse a da selva, e não a de um mundo desenvolvido.²³

20 SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000. p. 193.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 256.

22 CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 3.ed. São Paulo, RT, 2001. 30p.

23 MELLO, Marco Aurélio. Publicada no *Jornal Síntese* nº 66 - AGOSTO/2002, pág. 1.

Humberto Ávila ensina que há que se buscar segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável:

Em todas essas hipóteses, portanto, não se está examinando a segurança jurídica propriamente dita. Está-se falando, simplesmente, de segurança, normalmente na acepção de confiança. A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento. A distinção é importante também porque revela uma dissociação entre o conceito de "segurança não-jurídica" e o conceito de "segurança jurídica": alguém pode estar psicologicamente seguro, enquanto privado de ameaças físicas exteriores, como o frio ou a violência, porém sem qualquer segurança jurídica, em face da ausência, decorrente do arbítrio estatal, da capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no Direito.²⁴

Ante tudo o que foi exposto, poder-se-ia afirmar que a segurança jurídica encontra-se no mínimo que o Estado deve garantir para que o cidadão possa se autodeterminar.

Assim, a decisão do Supremo, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/Rs, trouxe um precedente importante para a pacificação das decisões supervenientes como vem julgando o Tribunal Regional Federal da 4.º região como exemplo:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE VERBAS INDENIZATÓRIAS. COMPENSAÇÃO. Prazo prescricional. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Marco temporal eleito pelo Supremo Tribunal Federal para aplicabilidade da LC nº 118/05. Prescrição das parcelas recolhidas há mais de cinco anos do ajuizamento. Reconhecido o direito da impetrante, o indébito pode ser objeto de compensação com parcelas relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, devidamente corrigidas pela SELIC desde a data do recolhimento. (TRF4, APELREEX 5001003-89.2011.404.7203, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 28/02/2013)

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE. LEI Nº 10.256/2001. EFEITO REPRISTINATÓRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO LIMITADA À DIFERENÇA. HONORÁRIOS. 1. No caso de ação ajuizada após o término da vacatio legis da LC nº 118/05 (ou seja, após 08-06-2005) objetivando a restituição ou compensação de tributos que, sujeitos a lançamento por homologação, foram recolhidos indevidamente, o prazo para o pedido é de cinco anos, a contar da data do pagamento antecipado do tributo, na forma do art. 150, §1º, e 168, inciso I, ambos do CTN, c/c art. 3º da LC nº 118/05,

²⁴ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 104.

entendimento confirmado pelo STF (RE nº 566.621/RS). 2. A declaração de inconstitucionalidade da contribuição social incidente sobre a comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física implica o restabelecimento da exação que a lei inconstitucional visou substituir, qual seja, a incidente sobre a folha de salários. 3. O direito à repetição, na forma da restituição ou da compensação, fica limitado à diferença entre a contribuição recolhida sobre a receita bruta da produção rural e aquela devida pela incidência sobre a folha de salários. Entendimento assentado pela 1ª Seção desta Corte no julgamento de questão de ordem proposta nos autos da AC nº 5000552-77.2010.404.7210/SC, de relatoria do Ilustre Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona. 4. No caso, levando-se em conta que foi reconhecida a ocorrência da prescrição quinquenal e que a parte autora obteve êxito em relação ao mérito da ação, mas que somente haverá direito à diferença, se positiva a seu favor, entre os valores recolhidos indevidamente e os incidentes sobre a folha de salários, resta caracterizada a sucumbência recíproca, devendo os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, ser distribuídos e compensados na medida da sucumbência de cada parte, a ser apurada em execução de sentença, nos termos do art. 21, caput, do CPC. (TRF4, APELREEX 5000065-28.2010.404.7010, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Carla Evelise Justino Mendes, D.E. 14/02/2013)

Estas decisões demonstram a importância do respeito aos precedentes e na aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, na busca da segurança jurídica, pois os cidadãos têm o direito de viver suas vidas com tranquilidade e confiança de que não haverá surpresa na atuação estatal.

4. Conclusões

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que é de importância impar a Jurisdição Constitucional como fonte de precedentes, pois destes precedentes emanam decisões que afetam positivamente os jurisdicionados. A doutrina do *stare decisis* concorre para a firmeza do posicionamento que respeita os precedentes. Portanto, o precedente deve ser utilizado de forma a manter a integridade da constituição para atingir um nível seguro de atuação estatal.

Assim, a segurança jurídica é resultado do precedente na medida em que garante o julgamento mais equânime e previsível dentro da lógica do sistema que fazem parte os órgãos do Poder Judiciário.

No caso em estudo, o Recurso Extraordinário 566.621/Rs serviu de paradigma e teve seu julgamento baseado na própria segurança jurídica adotando-a como fim em si mesmo.

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – 2. Ed. – São Paulo, 2011.

ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea, Ano de obtenção: 2011.

CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 3.ed. São Paulo, RT, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Al-medina, 2001.

FISCHER, Octavio Campos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HELENA COSTA, Regina. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva. 2009.

MELLO. Marco Aurélio. Publicada no Jornal Síntese nº 66 - AGOSTO/2002

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. – 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO NETO, Nelson. A restituição de tributo indevidamente pago e os vistosos artigos 3º e 4º da Lei Complementar Nº 118, de 2005 (Redução do prazo prescricional para a propositura da demanda) - Nelson Monteiro Neto (Publicada no Juris Síntese nº 54 - JUL/AGO de 2005)

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. In: An-nuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999. Paris: Economica, 2000.