

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ART. 3º- DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 E SUAS NEFASTAS IMPLICAÇÕES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rodrigo Marques França

Modestíssimo advogado de Província, faço estas considerações românticas (e, talvez, nostálgicas), reverenciando o tempo em que o Direito era mais seguro e tanto o presente quanto o futuro seguiam uma lógica mais previsível.¹

1. Intróito

Recentemente, foi publicada a Lei Complementar nº 118/2005, que, dentre as já costumeiras alterações introduzidas na legislação tributária nacional, também alterou (“interpretou”) o prazo definido pelo art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), para fins de restituição de créditos tributários. Veja-se:

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.

A referida alteração seria mais uma das quimeras jurídicas introduzidas e pouco discutidas no ordenamento jurídico brasileiro,

1. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prescrição e decadência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 111.

caso não desconsiderasse/ofendesse de forma tão obscena princípios basilares do direito, como o da segurança jurídica e o da separação de poderes, princípios esses de suma importância, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro, seja por seu alto teor valorativo.

Lembramos que pretende o legislador, mediante um subterfúgio normativo, alterar o prazo prescricional para fins de restituição de tributos, lançados por homologação, dos atuais dez anos, tese dos “5 mais 5” (prazo sustentado pela pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça), para somente cinco anos, realizando assim um verdadeiro malabarismo.

A jurisprudência tem definido que, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação - não havendo por parte do Fisco ato homologatório expresso (como na grande maioria dos casos) -, a prescrição ao exercício do direito de se pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita (tese dos dez anos). Desde então, a jurisprudência é uníssona.

Deveras, não é novidade que o Poder Legislativo (principalmente impulsionado pelo Poder Executivo) se insinja contra determinada jurisprudência, como no caso em questão, por meio de alterações legislativas que objetivam justamente alterar normas jurídicas, em relação às quais já há jurisprudência consolidada.

Assim, nos parece oportuno debater, de forma clara e incisiva, tais práticas, sob pena de que, em um futuro próximo (na verdade, em um futuro iminente), o Estado Democrático de Direito venha a ser desconfigurado em nome da voracidade fiscal ou de um “interesse público maior”.

É de uma clareza hialina a total desconsideração do Poder Legislativo ante *os princípios da segurança jurídica e da separação de poderes*, tendo em vista que pretende alterar o panorama jurisprudencial

consolidado via legislação complementar (LC n° 118/2005), a fim de saciar a já insaciável sanha arrecadatória.

Diante do panorama exposto, tomar-se-á evidente, no singelo trabalho, que o Poder Legislativo usurpou competência do Poder Judiciário ao editar norma de suposta natureza interpretativa, desvirtuando o princípio da segurança jurídica. Assim, estabeleceremos no presente estudo, por meio de um processo dialético, um debate sobre os reais efeitos da alteração perpetrada pelo Poder Legislativo, sob a bênção do Poder Executivo.²

2. Da segurança jurídica

Partindo da premissa de que o Direito, nas palavras de Niklas Luhmann³, é o subsistema social que se destaca pela sua função de “generalizar expectativas normativas na sociedade” e de manter, sem grandes discrepâncias ou sobressaltos, as relações sociais sob a tutela de normas jurídicas congruentes com um dado sistema jurídico, é que podemos afirmar que o Direito se vale, como instrumento comunicacional que é, de princípios de alto teor valorativo, tal qual a segurança jurídica, justamente para nortear seu campo de atuação.

Com pertinência, assevera o professor Paulo de Barros Carvalho⁴, elucidando o assunto:

O princípio da segurança jurídica dirige-se à implantação de um valor específico: coordenar o fluxo das interações humanas,

2. Vale a ressalva de que o objeto do presente trabalho não é questionar a interpretação, dada pelo STJ, em relação ao prazo de prescrição para fins de restituição de tributos, mas, sim, os nefastos problemas que pode ocasionar a interferência legislativa com o objetivo de alterar determinada jurisprudência consolidada, justamente por ser contrária aos seus interesses.
3. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 1983/85.
4. *Crédito-Prêmio de IPI: estudos e pareceres*. São Paulo: Manole. p. 26.

no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.

Em sentido amplo, a segurança é, sobretudo, uma necessidade antropológica do homem⁵, que, para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida, busca, com grau mínimo de previsibilidade, saber no que confiar e no que se ater para, por conseguinte, amenizar suas inquietudes, oriundas da constante incerteza nas relações sociais.

Essa necessidade de segurança tem raízes instintivas, sendo elemento de precedência lógica na formação e organização social. Em face disso, o homem é lançado em uma busca incessante pelo estável, perene e previsível, condições que lhe possibilitam uma existência pacífica - seja com os demais atores sociais, seja consigo mesmo - por meio do alívio de suas ansiedades quanto ao futuro.

Enfim, esse é o objetivo do Direito: aplacar as inquietações que ocorrem, normalmente, nas sociedades modernas. E é justamente partindo da mencionada premissa que emerge a necessidade de esclarecer o que venha ser o princípio da segurança jurídica.

Também assevera o professor Humberto Ávila⁶:

Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a segurança jurídica tem a dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público.

5. LUNO, Pérez. *La Seguridad Jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 11.

6. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, p. 295.

É justamente essa segurança jurídica (que reforça a segurança social) que o legislador, com a edição da LC nº 118/2005, art. 3º, pretendeu macular, podendo trazer sérias conseqüências ao referido instituto.

Senão, vejamos: temos, no caso dos tributos lançados por homologação, uma expectativa generalizada e consolidada em face da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em função, justamente, da emissão de normas individuais e concretas (Acórdãos) sempre no mesmo sentido, ou seja, de se admitir que o contribuinte tenha o direito de pleitear a restituição de créditos tributários, seja por repetição de indébito, seja por compensação dentro de um prazo de dez anos (cinco anos a contar da homologação tácita). É claro que o interesse fazendário, quando pretende alterar interpretação judicial, é contrário ao interesse público.

Para respaldar a abordagem supra-referida, vejamos o brilhante voto proferido pelo Ministro Luiz Fux⁷:

O Sr. Ministro José Delgado, com muita felicidade, tem destacado essa nova feição do direito tributário, que trata dos direitos fundamentais do contribuinte, estatuto do contribuinte, surpresa fiscal, enfim aquela confiança fiscal que o contribuinte deve ter em relação ao fisco, *porque hoje já desmistificamos a idéia de que interesse público é o interesse fazendário. O interesse público é interesse de cada um de nós. O conjunto dos interesses de todos nós perfaz o interesse público. As vezes o interesse da fazenda é contra o interesse público e contra o interesse de todos nós.* (grifamos)

Ora, o referido voto incide perfeitamente no caso em questão, quando o Poder Legislativo edita determinada norma jurídica, como,

7. STJ, 1ª Seção, AgRg em Recurso Especial nº 382.736/SC, DJ 25.2.2004.

no caso, a Lei Complementar n° 118/2005, art. 3º, alterando entendimento já pacificado pelos Tribunais Superiores, inclusive pelo STJ, a fim de atender ao interesse próprio, que, de fato, não corresponde ao interesse público, como já consignado.

Como bem afirmou o Ministro Luiz Fux, no voto acima transcrito, quem perfaz o interesse público somos todos nós, os cidadãos, e não a Fazenda Pública, que mediante a publicação de uma Lei (via Poder Legislativo) com efeitos retroativos, visa prosperar a *insegurança jurídica*.

Não acatar o entendimento aqui explanado simboliza, sob nossa ótica, não acatar um Estado Democrático de Direito, daí não vislumbrarmos que a referida norma, art. 3º da LC n° 118/2005, possa prosperar em nosso ordenamento jurídico. Afinal de contas, é muito danoso acatar norma que se contrapõe de maneira tão vil à segurança jurídica.

Dessa forma, ao Poder Judiciário caberá extirpar tal norma do nosso ordenamento, sob pena de atenuar o mencionado sobreprincípio da segurança jurídica.

3. Do princípio da separação dos Poderes (Legislativo *versus* Judiciário)

Aristóteles, já na Antigüidade, lançou aquela que seria a base de uma teoria acerca da separação das funções do Estado. Na concepção aristotélica, o governo dividia-se em três partes: a que deliberava acerca dos negócios públicos, a que exercia a magistratura (análoga a uma função executiva) e a que administrava a Justiça.

John Locke e Rousseau também contribuíram para a construção da “separação de poderes”, tendo a mesma sido realmente definida e divulgada por Montesquieu em seu *De l'esprit des lois* (Do Espírito das Leis), transformando-a, assim, numa das mais importantes dou-

trinas políticas de todos os tempos, alçada à categoria de princípio fundamental da organização política liberal, consagrado, inclusive pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Infere-se, portanto, que o referido princípio foi talhado durante séculos, com o objetivo de conferir uma sustentabilidade ao Estado Democrático de Direito, em um âmbito em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuam bem delimitadas suas competências, sob pena de desconfigurar a convivência harmônica entre eles.

Assim, ao editar um enunciado normativo atribuindo-lhe uma característica interpretativa, o Poder Legislativo está se afastando perigosamente do seu “norte”, de suas funções constitucionalmente atribuídas. É inconcebível, assim, aquele Poder interpretar norma, tendo em vista a clara invasão em esfera de competência de outrem.

Advirta-se, que tal prática era bastante comum na Roma antiga, onde o Imperador Justiniano, citado por Carlos Maximiliano⁸, repelia qualquer outra interpretação que não fosse a dele, generalizando-se o seguinte preceito: “Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei”

O ato realizado pelo Poder Legislativo, que, ao supostamente “interpretar” a norma deu-lhe novo sentido, pode ser um perigoso resquício da Carta Política do Império do Brasil⁹, outorgada em 1824 por D. Pedro I, que consagrou de modo expresso, em favor da Assembleia Geral (*em regra de exclusiva competência*), o poder de fazer as leis e de *interpretá-las* (art. 15, inciso VIII).

Assim, podemos afirmar que a medida adotada pela Lei Complementar nº 118/2005 guarda indigestas lembranças de “regimes ditatoriais fiscais”, na medida em que atribui ao Legislativo a perigosa prerrogativa de alterar, mediante camuflada interpretação, normas jurídicas, modificando entendimento consolidado jurisprudencialmente pelo Poder competente para tanto.

8. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

9. Fonte obtida no site: www.planalto.gov.br.

Oportunas são as palavras do professor Paulo de Barros Carvalho¹⁰ sobre o tema:

O Poder Judiciário exerce papel fundamental para a materialização da segurança no interior do sistema jurídico, pela construção de normas individuais e concretas que fixam contornos semânticos das regras gerais e abstratas, possibilitando aos contribuintes atuarem em função desses vetores postos pelas decisões judiciais.

Os ensinamentos do eminente professor nos levam a crer o quão indispensável é a atuação do Poder Judiciário para a estabilização das volubilidades sociais. Acreditamos dessa forma que, para conferir maior credibilidade aos alicerces do princípio da separação de poderes, bem como da segurança jurídica, é fundamental que os poderes respeitem os limites de suas competências, constitucionalmente delimitadas.

Valiosos são os ensinamentos do Ministro Sepúlveda Pertence¹¹:

Para mim, no sistema brasileiro, lei interpretativa ou é inócua ou é lei nova. Se é mera interpretação de lei preexistente e veicula - se isso é possível - a única interpretação admissível dessa lei preexistente, a lei interpretativa vale exatamente o que valer a interpretação que traduz, isto é, nada vale, *porque, evidentemente, se é única interpretação, ou não, a afirmação, no caso concreto, continuará ao Poder Judiciário*, (grifamos)

Enfim, é clara a usurpação de competência no vertente caso. Se interpretar é construir sentido e estabelecer parâmetros para a irradiação dos efeitos de uma determinada norma jurídica, o referido

10. *Op. cit.*, p. 27.

11. Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 605/DF.

ato de interpretar só poderá ser exercido pelo Poder Judiciário. Destacamos, assim, a vital importância desse Poder na interpretação de normas, possuindo *status* de guardião do Direito, devendo manter sob sua tutela as expectativas normativas na sociedade.

Logo, normas que tenham o objetivo de alterar jurisprudência consolidada não devem se prolongar no tempo, na medida em que caberá ao Poder Judiciário, mediante o exercício de sua função jurisdicional, declará-las inconstitucionais, tendo em vista o sistema jurídico vigente, afastando, assim, comportamentos divergentes e incompatíveis com a manutenção das expectativas normativo-sociais, notadamente no que se refere à divisão de poderes estabelecidos constitucionalmente.

Infere-se, portanto, que condutas incongruentes ao sistema jurídico, como a do Poder Legislativo em questão, não têm o condão de alterar jurisprudência perpetuada no tempo e nem situações jurídicas já estabelecidas, ainda que o art. 3º da LC nº 118/2005 supostamente tenha um caráter interpretativo, o que admitimos somente por amor à dialética.

Resta salientar, ainda, que, em recente julgamento realizado pela 1ª Seção, nos autos dos Embargos de Divergência - Eresp nº 327.043, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os efeitos do art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005 somente têm o condão de atingir as ações ajuizadas após 9 de junho de 2005, nos termos do art. 4º da referida Lei Complementar, tendo em vista sua clara natureza modificativa.

4. Conclusões

Diante do breve panorama aqui delineado, conclui-se que:

É inconstitucional o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista sua clara violação ao princípio da segurança jurídica, desestabilizando as expectativas normativas da sociedade;

É evidente a usurpação, pelo Poder Legislativo, de competência do Poder Judiciário, na medida em que aquele Poder utiliza-se de subterfúgios normativos para alterar interpretação de jurisprudência já pacificada, o que vem a reforçar a inconstitucionalidade da norma em questão;

As expectativas normativas devem ser mantidas, sob a salutar interferência do Poder Judiciário, tendo em vista o pleno exercício de suas funções, mantendo, dessa forma, a interpretação (prazo decenal) consolidada no tempo.

Contudo, considerando-se constitucional a norma em discussão, o que se admite apenas a título de argumentação, seus efeitos não devem alterar as situações pretéritas, devendo atingir somente as ações judiciais constituídas após o início de sua vigência, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005.