

A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Qual o momento que o ordenamento jurídico brasileiro está vivenciando especialmente naquilo que se refere à missão do poder judiciário?

Começarei minha explanação abrindo espaço para um debate sobre a definição da atuação e da responsabilidade do Poder Judiciário, como poder determinado pela Constituição Federal para realizar a prestação jurisdicional, quando solicitada. Nós sabemos que muito tem sido discutido a respeito dessa missão, não somente no século passado, como no século atual, como nos séculos anteriores, e todos os autores que têm focado esse tema sempre procuram definir que a missão do poder judiciário, quando provocado para a solução do conflito, é entregar o direito interpretado pelos seus membros, com certeza, com segurança, com uma razoável previsibilidade – porque essa previsibilidade tem que estar acostada à mensagem legislativa.

O século XXI é o século da cidadania, é o século em que toda a humanidade e todos os pensadores estão voltados para valorizar o homem e os valores de sua cidadania, especialmente no Brasil, onde nós temos esses dois valores presentes como postulados nos incisos II e III do art. 1º da Constituição Federal. Nós não podemos compreender, qualquer que seja o segmento doutrinário ou qualquer que seja a teoria aplicada, que não se interpretem as normas constitucionais com essa carga imperativa de seus objetivos e, especialmente, em decorrência dos seus objetivos e da sua vinculação às normas infraconstitucionais, que o

judiciário não tenha essa missão de interpretar o direito, de aplicar o direito com respeito à dignidade humana com a valorização da cidadania.

A pergunta que eu lhes faço é a seguinte: será que atualmente nós estamos vivendo este momento que é querido pela Constituição Federal, e que é o momento também querido por todos nós, qualquer que seja o estamento social? Se nós fizermos uma pesquisa a respeito da vontade de cidadania, todos, qualquer que seja estamento social que integre, responde que espera que o Poder Judiciário entregue a interpretação do Direito em cada situação concreta, dentro de um campo de certeza, dentro de um campo de confiabilidade, dentro de um campo de segurança. Mas nós sabemos que o Poder judiciário é feito por homens, por seres humanos, e, feito por seres humanos, lá há também um componente de vaidade, de intelectualidade, de zelo em defender as próprias idéias, de impor essas idéias, especialmente dentro do campo do Poder judiciário, em que o julgador tem a obrigação de fazer valer a sua independência, intelectual e também e de interpretação.

Urge que nós iniciemos um movimento para que esse desejo da cidadania seja alcançado em cumprimento, nada mais nada menos, ao que está na Constituição Federal. Não estamos fazendo um favor a ninguém, não estamos fazendo um favor a nenhuma escola; estamos simplesmente mostrando respeito à Constituição Federal, tirando dela toda a sua eficácia, toda a sua carga de efetividade, toda carga de imperatividade que ela tem, como mandamento maior das nossas condutas, na solução dos litígios.

O tema é instigante e está alcançando, cada vez mais, uma expansão impressionante, para todos aqueles que se dedicam a investigá-lo.

Como primeira abertura de pensamento, não podemos pensar em previsibilidade da entrega da prestação jurisdicional sem analisarmos

o momento de imprevisibilidade que nós estamos vivenciando. E assim pensarmos, nós também temos que fazermos a harmonia entre a imprevisibilidade da entrega da prestação jurisdicional, a imprevisibilidade das decisões judiciais, e a segurança jurídica. Assim, temos que assentar primeiramente o entendimento do que é segurança jurídica. Segurança jurídica, nós sabemos que é uma expressão muito abrangente, que envolve desde a elaboração da lei – o conceito de que a lei deve ser clara, compreensível, sem subterfúgios, embora não se desprezando todos aqueles sentimentos que a lei pode conter, como o sentimento do amor, por exemplo, na lei que regula o casamento, na lei que regula a relação de pais e filhos, que é uma lei que expande imediatamente um sentimento de amor. Observem que a lei do casamento é uma lei que consagra o amor; a lei que regula o relacionamento entre pais e filhos é uma lei que consagra o amor. Já na lei tributária, em regra, a cidadania não é recebida com amor, e sempre, especialmente no momento que o Brasil está vivendo, o poder tributante está exacerbando no seu direito "de exigir o tributo".

Segundo, nós temos que observar a segurança jurídica dentro do campo da interpretação do direito pela doutrina. Nós sabemos que a doutrina tem ampla liberdade – nada mais democrático do que a doutrina, e, ao mesmo tempo, nada mais autoritário do que a doutrina, que é feita por um homem só, muitas vezes na calada da noite, no silêncio dos gabinetes; a doutrina não é compartilhada em sua elaboração, e embora ela apareça com um conteúdo democrático, ela tem, na sua feitura originária, esse cunho ditatorial. Do mesmo modo, penso eu, é também a sentença do juiz de primeiro grau; fui juiz de primeiro grau durante muitos anos e sempre me impressionava o poder que eu tinha de decidir unilateralmente, sozinho, sem dividir as minhas idéias. Mas a doutrina tem que também demonstrar a segurança jurídica; é tanto que a razão de existir dos cursos de especialização, de mestrado e de doutoramento, é

analisar essa doutrina e encontrar um caminho mais seguro, mais reto, para servir de orientação.

Vamos abrir agora o terceiro espaço para as decisões do Poder Judiciário. As decisões do Poder Judiciário também devem possuir esse conteúdo de segurança jurídica, para que possam ganhar credibilidade, para que possam ganhar aceitação, para que elas cumpram a missão que incumbe ao Poder Judiciário, que não é outra senão a missão de entregar a paz. O Poder Judiciário não entrega desordem, o Poder Judiciário não pode decretar instabilidade, não pode ser causa de empecilhos para o desenvolvimento econômico, não pode criar inquietudes através de suas decisões; essa não é e nem nunca foi à missão do judiciário, nem na época em que ele era proibido de interpretar – nós sabemos que a autorização para o poder judiciário interpretar a lei só foi dada depois do século XIX, pois que antes o juiz não podia interpretar.

(Já imaginaram, meus queridos amigos, se hoje fosse assim? Se eu, como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, para a interpretar um determinado dispositivo, tivesse que subir as escadas do Palácio do Planalto e perguntar: Lula, como é que eu devo interpretar a lei? Já imaginaram como seria a resposta do nosso eminente Presidente? Antigamente, todos bem sabem, era assim, a história registra: o juiz tinha que ir ao rei, fazia genuflexão na presença do rei e perguntava como devia interpretar a lei.)

Mas hoje não estamos vivendo essa época; nós estamos vivendo a época que o Poder Judiciário tem a responsabilidade de interpretar. Mas, para interpretar, deve fazê-lo com segurança e com certeza, e não gerando todas aquelas dificuldades: inquietude, intranqüillidade, contribuindo para diminuir o desenvolvimento do país, criando instabilidade no ambiente familiar, no ambiente social, criando imensas dificuldades no relacionamento do advogado com o cliente – porque o cliente não vai nunca entender. Nós tivemos um caso

recentemente no STJ: 326 decisões no mesmo sentido, e houve uma tentativa de modificar esse entendimento que quase consegue. Como é que o cliente ia entender se esse advogado tivesse perdido a causa? Graças a Deus, não foi modificada essa decisão. Assim, nós temos que analisar: Hoje, o que nós podemos pensar como sendo segurança jurídica?

Primeiramente, nós temos que ver a segurança jurídica como sendo um valor extrajurídico. Segundo, a segurança jurídica com previsibilidade jurídica. E terceiro, a segurança jurídica como um conjunto de garantias constitucionais. Então, nós temos três patamares estabelecidos, três posturas estruturais determinando o que é segurança jurídica. O Direito não pode se afastar dessas três posturas: os aplicadores do Direito precisam trabalhar vendo a segurança jurídica como um valor extrajurídico, como previsibilidade jurídica, através dos efeitos concretos que aquela decisão vai determinar, e também como um conjunto de garantias constitucionais. O mestre mineiro Humberto Theodoro Júnior, há pouco tempo, publicou um belo artigo – que está numa obra coletiva que foi elaborada em minha homenagem por um processualista de São Paulo, publicada pela Podium – fazendo um levantamento dessa visão da segurança jurídica como valor extrajurídico, como previsibilidade jurídica e como conjunto de garantias constitucionais em vários países. Começa pela França, vai para a Grécia, depois para a Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, Argentina, e por fim se concentra no Brasil. Ele analisa dez ordenamentos jurídicos estrangeiros, mostrando hoje a grande preocupação de se entender que é segurança jurídica, dentro dessa tríplice valoração que eu lhes apresentei.

Dentro desse campo, chamo-lhes a atenção para o que está acontecendo no Superior Tribunal de Justiça. Quero que bem me compreendam: não estou aqui fazendo uma crítica, porque eu mesmo tenho participado das decisões que agora vamos comentar – quero tão

somente tratar de realidades concretas. Repito: não vou fazer uma crítica ao STJ, vou apenas relatar realidades de que cheguei a participar, em momentos de preguiça mental, ou levado pelo volume de serviço, ou por não estar plenamente conscientizado do prejuízo do que é a imprevisibilidade jurídica, ou por não estar preparado intelectualmente. O homem que lida com o Direito deve ter humildade; eu não acredito no homem que pensa o Direito se ele for soberbo, se ele for orgulhoso. Quem lida com o Direito tem que ter profunda humildade, primeiramente para ouvir, depois para estudar, e depois para se reconsiderar, quando verificar que aquelas suas conclusões não são as conclusões que estão atendendo aos anseios da cidadania. Nós que lidamos com o Direito só temos um compromisso, que não é um compromisso com o Estado como instituição, com a nossa vaidade intelectual, com as editoras, nem com as instituições em si; nós só temos compromisso com a vontade da cidadania. Nós somos súditos da cidadania, e é à cidadania que nós devemos prestar contas. E por menor que seja o desvio da vontade da cidadania, nós estamos cometendo um pecado venial, e, se prosseguirmos, vamos chegar até o cometimento de pecado mortal.

Eu gosto muito de dizer nas minhas palestras que o juiz do século XXI, especialmente o juiz brasileiro, tem que vestir a toga da cor que a cidadania quer que ele vista. Se a cidadania quer que ele vista uma toga vermelha, ele tem que vestir uma toga vermelha; se a cidadania quer que ele vista uma toga branca, tem que vestir uma toga branca; se quer que a toga seja azul, tem que vestir a toga azul; a imperiosidade da toga preta desapareceu. Ela ainda existe em nossos ombros, mas não deve ser olhada com uma toga preta, deve ser olhada como uma toga que está representando o querer da cidadania, e o juiz que não investigar esse querer, que se afastar desse querer, é muito melhor que ele peça exoneração ou então se aposente, se tempo o tiver.

Fecho essa parte e abro-lhes a seguinte, para lhes demonstrar que o levantamento que efetuei, da semana passada para cá, preparando-me para esta palestra, mostra que o STJ, hoje, se depara com pelo menos 33 – vejam bem, não terminei o levantamento – decisões conflitantes entre turmas, que por isso são, evidentemente, imprevisíveis, todos a demonstrarem incerteza. Esse Tribunal, que tem por função, como todos sabem, uniformizar a interpretação do Direito federal e garantir a sua autoridade em todo o Brasil, se deparar atualmente com 33 decisões conflitantes.

Vamos enumerá-las:

- 1) aplicação do CDC aos contratos de prestação de serviços advocatícios;
- 2) aproveitamento dos fiscais de tributos do IAA;
- 3) assistência judiciária gratuita às pessoas físicas;
- 4) a atualização monetária de precatórios relativos a benefícios previdenciários;
- 5) cobrança de ICMS sobre a venda de bens salvados de sinistros;
- 6) competência para as ações indeniza-tórias decorrentes de acidente de trabalho;
- 7) competência para ações relativas a assinatura básica de telefonia;
- 8) competência para julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo;

- 9) correção de ofício da autoridade coatora do mandado de segurança;
- 10) crédito hipotecário na arrematação de imóvel;
- 11) dependência do menor sob guarda para fins previdenciários;
- 12) execução de parcela incontroversa contra a Fazenda Pública;
- 13) execução provisória das penas privativas de liberdade;
- 14) execução provisória contra a Fazenda Pública;
- 15) extinção do crédito-prêmio do IPI;
- 16) fuga do condenado após a apelação;
- 17) honorários advocatícios da improcedência do pedido da exceção de pré-executividade;
- 18) ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados, mediante leasing;
- 19) individualização das condutas nos crimes de autoria coletiva;
- 20) legitimidade passiva da segurança em ação decorrente de acidente de trânsito;
- 21) liberdade provisória ao acusado por crime hediondo, preso em flagrante;

- 22) limitações administrativas em áreas de proteção ambiental (há cinco posições do STJ a respeito desse tema!);
- 23) mandado de segurança em pagamentos de valores pretéritos decorrentes de concessão de anistia política;
- 24) mandado de segurança impetrado em juízo incompetente;
- 25) natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais;
- 26) perda de objeto do agravo de instrumento contra tutela antecipada por superveniência de sentença;
- 27) prazo prescricional para a cobrança de expurgos inflacionários sobre diferença de restituição de contribuições de previdência privada;
- 28) prescrição intercorrente na execução fiscal;
- 29) requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa;
- 30) suspensão da exigibilidade do crédito tributário;
- 31) suspensão do livramento condicional;
- 32) taxa de juros prevista art. 406 do Código Civil 2002;
- 33) teoria da encampação no mandado segurança.

Vamos destacar, então, apenas cinco divergências, no campo tributário, para ficarmos compatíveis com tempo que temos.

Primeiramente, ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importada mediante leasing. Em 17 de maio de 2007, a Segunda Turma do STJ decidiu: "não incide o ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importada mediante leasing"; em 19 de abril de 2007, a Primeira Turma decidiu: "ICMS sobre bem ou entrada de mercadoria importada mediante leasing – órgãos julgadores – destaque – incide ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importada mediante leasing, desde que haja circulação econômica do bem". Em 23 de abril de 2006, a Primeira Seção – já as duas turmas reunidas: "não incide ICMS sobre bem ou mercadoria importada mediante leasing, na hipótese de a importação ter ocorrido antes do advento da EC 33/2001, e de não se tratar de contribuinte habitual do imposto". Tanto nós, julgadores, como a nossa assessoria, ficamos sem saber o que fazer, imaginem os advogados. Imagino o que dizem eles aos seus clientes. Vejam que imprevisibilidade! Só há uma solução: fazer um contrato com o cliente e colocar uma cláusula: "A decisão vai depender do humor dos Ministros no dia do julgamento." Todo advogado hoje tem que colocar esta cláusula em seus contratos; não assumam nenhuma responsabilidade: não se sabe se o Min. Delgado brigou lá com Dona Zezé e saiu de casa zangado, e vai extrapolar sua zanga toda no seu julgamento.

Execução provisória contra a Fazenda Pública. Entendimento 1 – 6 de dezembro de 2005, da Primeira Turma, da qual eu faço parte:

Mesmo após a EC 30/2000, é possível a execução provisória contra a Fazenda Pública até a fase dos embargos, não se exigindo o trânsito em julgado para a expedição de precatório nas execuções iniciadas antes da alteração constitucional.

Entendimento 2, da Segunda Turma:

Após a EC 30/2000 não é possível [basta colocar um "não" que tudo se desmantela] a execução provisória contra a Fazenda Pública, exigindo-se o trânsito em julgado para expedição de precatório mesmo nas execuções iniciadas antes da alteração constitucional.

Isto em 18 de maio de 2006. Em 25 de maio de 2004 temos: "É possível a execução provisória de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública nas hipóteses não vedadas em lei". Outro destaque – um entendimento, em época da diversa, com base na Primeira Turma: "Não se exige o trânsito em julgado para a expedição de precatório das execuções iniciadas antes das EC 30/2000". Outra decisão, agora já com o mesmo entendimento da Segunda Turma: "Após a EC 30/2000, não é possível a instalação de execução provisória contra a Fazenda Pública."

Terceiro exemplo. Execução de parcela contra a Fazenda Pública. Entendimento 1, da Primeira Seção, da Terceira Seção, da Primeira Turma, da Segunda Turma, da Quinta Turma, da Sexta Turma. Última decisão, 27 de maio de 2007: "É possível a expedição de precatório relativo a parcela incontroversa não impugnada pela Fazenda Pública em embargos de devedor." Entendimento anterior – 23 de maio de 2006: "Após a EC 30/2000, não é possível a expedição de precatório relativo a parcela incontroversa não impugnada pela Fazenda Pública em embargo de devedor". Todas essas decisões em momentos contemporâneos, e tudo isso ainda sem solução. Observem que, como há divergência de várias Seções, o problema vai ser levado para a Corte especial. Já imaginaram 21 Ministros se deparando com essa questão? Ninguém se entende.

Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entendimento 1 – Primeira e Segunda Turmas, 19 de abril de 2007: "Suspende a exigibilidade do crédito tributário o recurso administrativo no qual se discute a homologação de compensação." Depois: "Não suspende a exigibilidade do crédito tributário o recurso administrativo no qual se

discute homologação de compensação." Órgãos julgadores: Primeira e Segunda Turmas – os mesmos órgãos julgadores!

Quarto exemplo: perda de objeto do agravo de instrumento quando da tutela antecipada por superveniência de sentença, especialmente em matéria tributária. "A sentença de mérito superveniente prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada." Órgãos julgadores: Primeira, Segunda, Quarta, Quinta e Sexta Turmas. Entendimento 2: "A sentença de mérito superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada."

Teoria da encampação em mandado de segurança, especialmente em matéria tributária, que tem ocorrido muito. Entendimento 1 –

Aplica-se a teoria da encampação se a autoridade apontada como coatora for hierarquicamente superior àquela que teria legitimidade para figurar no mandado de segurança. CPC, art. 267, VI. Súmula 510 do STF.

Há uma série de acórdãos de diversas seções e turmas, além de decisões monocráticas neste sentido, e pelo número de decisões, já era um assunto para ser sumulado. Entendimento 2 –

Aplica-se a teoria da encampação se a autoridade apontada como coatora pertencer à mesma pessoa jurídica de direito público daquela que teria legitimidade para figurar no mandado de segurança. CPC, art. 267, VI. Súmula 510 do STF.

Aqui em sentido contrário, porque na primeira se fala: só se aplica se houver hierarquia entre as autoridades apontadas.

Vocês estão a observar que não é possível nós continuarmos com essa instabilidade. E eu estou apenas lhes apontando exemplos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça...

Vamos destacar agora, por último, o crédito-prêmio IPI. Todos que trabalham com essa matéria sabem que nós tínhamos 86 decisões do Superior Tribunal de Justiça, todas à unanimidade, mediante o pronunciamento de 27 Ministros, todos reconhecendo a eficácia, a validade e a efetividade da legislação referente ao crédito prêmio IPI. Quatro anos atrás, este entendimento, por proposta de um Ministro novo, foi modificado. Nova decisão do STJ: "Extinguiu-se o crédito prêmio do IPI em 1993." E começou a perdurar esse entendimento, contrariando 86 decisões a respeito, todas elas à unanimidade. Há recurso das partes, embargos de divergência, e então é firmada a decisão: O crédito-prêmio IPI não foi extinto em 2003, foi extinto em 1990, tendo em vista que ele não foi revalidado em decorrência art. 74 do ADCT, que determinou que todos os exercícios fiscais fossem revalidados no prazo de dois anos. Hoje perdura esse entendimento por maioria de votos. Eu, como sou teimoso, continuo ressaltando meu ponto de vista, ficando vencido, e permanecendo com o entendimento que manifestei em mais de 40 decisões que proferi sobre o tema, de que o crédito-prêmio IPI continua em pleno vigor.

Diz-se agora o seguinte:

que o STJ, ao decidir pela extinção do crédito-prêmio em 1990, nada mais fez do que se basear em fundamento constitucional, e, conseqüentemente, ao fazê-lo, invadiu, em recurso especial, a competência do STF.

A tese é muito forte, ao meu pensar, mas o que devemos analisar é a instabilidade jurídica que está a perdurar, a instabilidade jurídica que está a provocar os males já detectados em vários órgãos, especialmente pelo BNDES. Num levantamento feito, chegou-se à conclusão de que a instabilidade, a insegurança jurídica, a imprevisibilidade das decisões judiciais no país, está a determinar um obstáculo para o crescimento econômico de 13%. O nosso PIB poderia ser até 13% maior, se nós tivéssemos uma estabilidade jurídica nas decisões,

se as decisões judiciais do Brasil não fossem tão imprevisíveis, e isso poderia acarretar também 25% a mais de empregos. Observem que aí nós já temos o relacionamento do direito com a economia, a determinar esse estado que nós estamos vivenciando.

Eu lhes concito à abertura de um movimento doutrinário, de um movimento científico, de um movimento em todos os auditórios onde os temas de Direito são debatidos – não somente auditórios como este, mas também auditórios universitários –, e que nós comecemos uma cruzada muito intensa, através de palestras, através de escritos, através de provocações – no melhor dos sentidos, para que haja uma conscientização ampla. E quando eu digo uma conscientização, não me refiro somente à conscientização dos magistrados, mas que haja uma conscientização de todos os agentes jurídicos, todos aqueles que trabalham com o Direito. E no que se refere à magistratura especialmente, quero lhes lembrar que tenho absoluta certeza, que nenhum professor dentre os senhores, nas universidades, no curso de direito, nenhum professor chamou a atenção para esse tema, que se refere a imprevisibilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica, a fim de que haja essa conscientização científica em cada um de nós, agentes do Direito, de deixarmos as nossas vaidades intelectuais de lado, deixar os propósitos outros, e pensarmos unicamente na certeza que o direito deverá ter a ser entregue ao cidadão quando em situação de conflito.

Muito grato pela atenção.