

COISA JULGADA E IGUALDADE: NOVO CÓDIGO, VELHOS PROBLEMAS

Carlos de Araujo Moreira

*Procurador da Fazenda Nacional
Atuante perante o Supremo Tribunal Federal
Graduado na Universidade Federal de Minas Gerais
Mestrando da Universidade de Buenos Aires*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Princípio da Igualdade: Intuições e Teorias; 3. As Consequências Econômicas da Cristalização; 4. Evolução de Conceitos Jurídicos Correlatos; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Tomando parte debate doutrinário acerca do conflito entre coisa julgada e igualdade, a Procuradoria da Fazenda Nacional editou o parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011. Então, à luz do Código de Processo Civil de 1973, assentou-se que decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal obstam a continuidade da produção de efeitos de decisões judiciais transitadas em julgado voltadas a regular relações jurídicas futuras. O novo Código de Processo Civil, muito embora tenha conferido maior relevância aos termos das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, ante as sentenças passadas em julgado, não avançou no que diz respeito aos limites da coisa julgada em decisões de eficácia prospectiva. O artigo sustenta que a única saída não arbitrária para a questão envolve uma abordagem simultaneamente constitucional e multidisciplinar, a fim de verificar as consequências de cada uma das posições, bem como sua coerência com intuições morais e teorias políticas. Assenta-se, ainda, que a evolução dos conceitos jurídicos pertinentes corrobora a solução proposta no Parecer.

ABSTRACT

Taking part doctrinal debate about the conflict between *res judicata* and equality, the National Treasury Attorney issued the opinion PGFN /CRJ/ N° 492/2011. Therefore, under the perspective of the Civil Procedure Code of 1973, it was stated that final decisions of the Supreme Court prevent the continuation of the effects of judicial decisions aimed to regulate future legal relations. The new Civil Procedure Code, though it has given greater importance to the terms of judgments of the Supreme Court, has not advanced as regards the limits of *res judicata* in prospective effectiveness decisions. The article argues that the only non-arbitrary way out of the question involves both a constitutional and multi-disciplinary approach in order to verify the consequences of each of the positions as well as its consistency with moral intuitions and political theories. It considered also that the evolution of the relevant legal concepts supports the solution proposed in the opinion.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada. Segurança Jurídica. Igualdade. Intuições morais. Filosofia política. Análise Econômica. Evolução de conceitos jurídicos correlacionados.

KEYWORDS. Res judicata . Legal security . Equality. Moral intuitions. Political philosophy. Economic analysis. Evolution of related legal concepts.

I - INTRODUÇÃO

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, em 20 de maio de 2011, publicou o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, analisando os efeitos de precedentes do Supremo Tribunal Federal, contrários a decisões transitadas em julgado, que houvessem declarado a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma tributária. A referida manifestação fixou a posição da União sobre tormentosa questão processual que vinha ensejando profundas reflexões doutrinárias¹: a eficácia das sentenças transitadas em julgado nas relações tributárias de trato continuado, ante de superveniente exame, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da lei que constitui fundamento jurídico do julgado.

Em suma, considerou o mencionado Parecer, que, em relações jurídicas de trato sucessivo, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em controle difuso, quando oriundas de julgamentos realizados seguindo o rito do art. 543-B² do antigo CPC, súmula vinculante ou de sua jurisprudência consolidada, podem constituir circunstâncias jurídicas novas, aptas a fazerem cessar a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado; tal cessação de eficácia poderia ser favorável ao fisco ou ao contribuinte, teria efeitos prospectivos, sendo inalcançáveis os efeitos já produzidos sob o resguardo da coisa julgada, e não dependeria de reconhecimento judicial prévio.

Contra os termos do Parecer, lançaram-se argumentos que podemos dividir em dois grandes grupos: a) objeções de natureza principiológico-constitucional; b) objeções de natureza técnico-processual.

Os primeiros argumentam que a intangibilidade da coisa julgada, em seu mais amplo grau, é corolário da segurança jurídica e que tal princípio constitucional, positivado no *caput* do art. 5º, da Constituição, possui a natureza de verdadeiro sobreprincípio, dele emanando e em função

1 A questão tem sido objeto de intenso debate, envolvendo a doutrina brasileira e gerou manifestações em vários sentidos. A título de exemplo, cite-se: Hugo de Brito Machado, “*Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*”; Teori Albino Zavascki, “*Coisa Julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*” e “*Eficácia das Sentenças na Jurisdição constitucional*”; Cármen Lúcia Antunes Rocha, “*O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade*”; Luiz Guilherme Marinoni “*Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada.*”; Paulo Mendes de Oliveira, “*Coisa Julgada e Precedente, Limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*”; Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “*O dogma da coisa julgada*”; Humberto Ávila, “*Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*”.

2 No Código de 2015, o tema encontra-se disciplinado nos arts. 1.035 e seguintes.

dele devendo ser interpretados os demais comandos do nosso ordenamento jurídico. Buscando a segurança jurídica garantir a previsibilidade e a calculabilidade para os cidadãos quanto aos efeitos de seus atos, em face do ordenamento jurídico vigente, afirma-se, é indiscutível que representa um valor objetivo fundamental para o Estado Democrático de Direito. Em face disso, sustenta-se que a sentença que regula relações jurídicas que guardam certo grau de uniformidade não pode ter sua aplicação limitada no tempo por jurisprudência superveniente do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, não restam dúvidas acerca da relevância do princípio da segurança jurídica. No entanto, a posição da PGFN funda-se no princípio da igualdade, bem como na sua derivação de caráter econômico, o princípio da livre concorrência, e um pouco de memória histórica revela que grande parte dos avanços sociais relevantes ocorreram quando o princípio da segurança jurídica cedeu a alguma concepção de igualdade. Daí, talvez, seja relevante prestarmos atenção ao que renunciamos quando elegemos o princípio da segurança jurídica, em uma concepção tão forte, como fundamento primeiro e inafastável de toda ordem constitucional.

O segundo grupo de objeções considera que a posição exarada pela Procuradoria da Fazenda Nacional contrariaria a legislação processual infraconstitucional ao avançar sobre a coisa julgada. A alegação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ainda que posterior e definitivamente julgada pelo Supremo, estaria alcançada pela preclusão implícita, fixada no art. 474 do antigo Código de Processo Civil³ - art. 508 do novo CPC⁴ -, pois se trataria de uma questão, na verdade, atinente à mesma causa de pedir da ação anterior. Em contraste, o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/ 2011, conferindo maior peso ao papel do Supremo Tribunal Federal em nosso sistema, considerara que “a consolidação da jurisprudência do STF em sentido diverso daquele sufragado na decisão tributária transitada em julgado também representa, em determinadas hipóteses, significativa alteração do suporte jurídico sob o qual o juízo de certeza nela contido se formou”, justificando-se a limitação da imutabilidade dos efeitos da sentença nestes casos. Desta forma, a PGFN apoiou-se no art. 468 do Código de Processo Civil de 1973⁵, norma que foi consagrada no art.

3 Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

4 Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

5 A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

503 do Código de Processo Civil de 2015⁶. Em suma, partem ambos posicionamentos de supostos diferentes quanto ao que se deve entender como “novidade jurídica” que seja hábil a afastar os efeitos de decisão judicial formada para regular relações jurídicas que se repetem no tempo: enquanto a crítica refuta a existência de inovação, asseverando que a controvérsia constitucional já restou resolvida pela sentença transitada em julgado, o posicionamento exarado pelo órgão fazendário considera que solução definitiva que foi conferida ao tema, resultante de posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, possui características de direito novo, que deve ser levado em consideração por todos os julgadores que analisarão, posteriormente, o tema.

O novo Código de Processo Civil não assumiu posição decisiva sobre a controvérsia. No entanto, no que tange a eficácia das decisões transitadas em julgado, contrárias à Constituição, restou enfraquecida sua imutabilidade. O Código de 1973 incluía dispositivos que afastavam a eficácia da coisa julgada inconstitucional, em cumprimento de sentença e execução contra a Fazenda Pública (arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único⁷). O novo Código, por sua vez, adota providência similar, possibilitando, ademais, também, a propositura de ação rescisória, em até dois anos, contados da decisão do Supremo Tribunal Federal que definir a questão (arts. 525, §§12 e 15⁸, e 535, §§5º e 7º e 8º⁹), caso o faça posteriormente ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

6 A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

7 Ambos com idêntica redação: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

8 § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

9 § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Se a referida alteração indica que há maior reverência do legislador ordinário frente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, por um lado, é necessário reconhecer que não trata do mesmo tema examinado no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/11. Naquela manifestação, limita-se a Fazenda Nacional a analisar os limites objetivos da imutabilidade de sentenças voltadas a produção de efeitos prospectivos sobre relações jurídicas homogêneas. Avalia-se, apenas, os efeitos desta decisão sobre as relações jurídicas posteriores a julgamento do Supremo Tribunal Federal que lhe seja contrário. Já a inovação adotada pelo novo CPC possibilita, dentro de dois anos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e difuso, a propositura de ação rescisória, alcançando, inclusive, as relações jurídicas anteriores àquela.

Assim, a questão tratada permanece relativamente aberta, muito embora o Código de Processo Civil tenha ampliado as possibilidades de desconstituição das sentenças transitadas em julgado, com base em precedentes do STF. Em termos infraconstitucionais, a questão a ser solucionada remonta, portanto, ao conflito aparente entre as normas consagradas nos artigos 468 e 474 do antigo Código de Processo Civil, insculpidas agora nos artigos 503 e 508 do diploma atual. Nestes termos, como salientado, a controvérsia se resume a saber se decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal sobre determinado tema podem ser consideradas dados novos, a ponto de limitar o alcance de decisões transitadas em julgado voltadas a disciplinar fatos futuros.

Parece-nos claro que não há como definir a questão de forma satisfatória analisando, unicamente a disciplina infraconstitucional do tema. O debate tem por base relevantes princípios constitucionais e a partir deles a solução deve ser buscada. Este será o caminho que o presente trabalho trilhará. Ao fazê-lo, partindo da premissa que, ante a enorme desigualdade e baixa inclusão social que existe no Brasil, muito se tem escrito sobre o princípio da segurança jurídica em comparação com o princípio da igualdade – em um sentido inclusivo, voltado a realizar uma ideia de justiça compartilhada-, examinaremos o conteúdo e a relevância que, até em termos metajurídicos, tal valor, positivado na Constituição, possui para nós, cidadãos de uma democracia do século XXI. Tal análise revela-se indispensável, pois o constituinte originário não estabeleceu hierarquia entre os princípios constitucionais consagrados na Carta Magna.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A seguir, analisaremos as consequências de cada uma das teses estabelecidas. Tentaremos expor o resultado de cada uma das hipóteses conflitantes acerca dos efeitos de decisões singulares transitadas em julgado para o desenvolvimento nacional e para a maximização da riqueza social.

Após, analisaremos o potencial conflito dos princípios constitucionais relevantes, esclarecendo por que é razoável afirmar que, no âmbito da presente controvérsia, o princípio da segurança jurídica não pode prevalecer sobre igualdade e livre concorrência, sob pena da cristalização de situações socialmente iníquas.

Quanto à legislação processual, isoladamente, não cremos que muito possa ser dito. Como já restou claro, a questão se resumiria em analisar se a posição consolidada do STF poderia ser considerada um dado jurídico novo, uma novidade hábil a representar um limite à coisa julgada. Se deve ser levada em conta, ou não, como “questão decidida” em processo anterior. Por um lado, é claro que a questão constitucional submetida a julgamento, na decisão transitada em julgado, foi, bem ou mal, analisada. Por outro lado, é evidente, que a jurisprudência, em sentido contrário, do Supremo Tribunal Federal não foi levada em consideração. Então, adotar uma solução para o imbróglio unicamente com base nos termos imprecisos adotados diploma processual civil seria quase um “ato de vontade” do intérprete, em um sentido puramente kelseniano, o que não lhe conferiria legitimidade argumentativa.

Entretanto, mesmo deixando-se um pouco de lado o regramento principiológico-constitucional da matéria, há outro ponto que merece atenção para justificar uma interpretação adequada do tema, mesmo sob o enfoque infraconstitucional: trata-se de uma controvérsia relevante em face de normas que remontam há anos¹⁰, no entanto, somente a partir da década de 90, a doutrina brasileira passou a se debruçar, com certa insistência, sobre a questão. O que ocorreu? Tentamos também esclarecer esse ponto e cremos que as conclusões são relevantes para a solução do adequada da controvérsia.

Serão estes os pontos aqui desenvolvidos.

10 Como já explicitado, o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/11 se baseou em dispositivos do Código de 73, repetidos no atual. Também a Constituição de 67, na redação da emenda de 69, consagravam os princípios da igualdade e segurança jurídica, Art. 153, *caput*, e §1º. Então, não há qualquer novidade em âmbito puramente normativo.

II – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: INTUIÇÕES E TEORIAS

Ao caracterizar-se o princípio da segurança jurídica como sobreprincípio, ou, pelo menos, princípio que detém especial dignidade constitucional, afirma-se a existência da precedência dele sobre outros valores consagrados na Carta Magna. No entanto, tal assertiva, usualmente, é apresentada como um postulado não demonstrado, decorrente dos efeitos benéficos da segurança jurídica: previsibilidade e calculabilidade.

Não acreditamos que tal premissa possa ser aceita. Se o princípio da segurança jurídica deve prevalecer de forma apriorística, a justificativa não poderia residir apenas nas vantagens trazidas, para o convívio social, de sua adoção em uma situação em que não há verdadeiros dilemas a enfrentar. Dever-se-ia demonstrar, antes de tudo, que independentemente do conflito analisado, sempre será preferível resguardar a segurança jurídica a outro valor qualquer, que a preservação do mencionado princípio sempre produzirá os mesmos ganhos e que não existe sacrifício social que represente justificativa hábil a afastá-lo.

Como afirmamos acima, a prova de tal grau de supremacia não é possível para o princípio da segurança jurídica, já que o próprio desenvolvimento social e institucional da sociedade em que vivemos nos mostra que, em diversos contextos históricos, este princípio cedeu a algo que nos parecia mais relevante.

No entanto, consideramos que o princípio da igualdade, ao menos em um sentido formal, resultante da percepção de que devemos conferir igual valor às pessoas, como seres humanos que são portadores de idêntica dignidade, dificilmente possa ser afastado, mesmo em face de contingências hipotéticas. Para evidenciá-lo, analisaremos a relevância que possui a igualdade para nossas intuições morais e para algumas teorias de justiça relevantes e representativas das principais concepções políticas existentes em uma sociedade democrática ocidental.

a) Intuições

Todos nós, profissionais do Direito, já testemunhamos a indignação dos cidadãos e dos jurisdicionados com a afirmação de soluções diversas para questões semelhantes. Parece evidente que é impossível erradicar o problema inteiramente. Não podemos garantir absoluta igualdade de direitos na aplicação da lei, uma vez que nossos administradores e juízes, responsáveis por aplicar normas gerais e abstratas ao caso concreto, são pessoas diferentes

umas das outras, suscetíveis a influência do meio em que vivem e de estímulos historicamente contingentes.

No entanto, seria demasiado pessimista afirmar que não possamos reformular nossas instituições e ideias a fim de produzir avanços voltados à satisfação dos anseios sociais por isonomia. Esse foi o motor de inúmeras, contínuas e progressivas reformas institucionais realizadas nos últimos anos, voltadas para uniformizar as soluções ofertadas pelo Judiciário aos casos que lhes são submetidos a exame, tais como a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e a valorização dos precedentes dos tribunais superiores. Neste contexto, o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, buscou avançar, para evitar, ao menos, a subsistência de regramentos jurídicos perpetuamente diferenciados, decorrentes de fatores aleatórios, derivados das vicissitudes e inconsistências internas resultantes da prática jurídica.

É crítica comum, entre nós, juristas, considerar que as intuições do “homem comum” não são tão relevantes por variarem conforme seus desejos, emoções e opiniões. Pessoas diferentes, com planos de vida diferentes, apresentam visões diferentes em um julgamento sobre a equidade de determinada situação. No entanto, soa autoritário considerar que, por essa razão, as opiniões das pessoas e o senso comum de justiça devam ser desprezados. Tais opiniões, fundadas em mera intuição moral ou senso de justiça, possuem uma função importante: impedir que especialistas criem monstruosidades¹¹.

Destarte, é relevante que tenhamos em conta os estudos que, sobre o tema, têm proliferado no âmbito da ciência cognitiva. A presença, nos indivíduos, de anseios por simetria e equidade na aplicação de uma “sanção” ou na concessão de uma “recompensa” é reiteradamente observada em pesquisas científicas acerca da existência de alguma intuição moral inata, “senso de justiça” ou altruísmo, no ser-humano e, até mesmo, em primatas¹². Apesar de existirem concepções de morais divergentes entre as pessoas, a identificação da justiça com o princípio da igualdade está fortemente enraizada. Quando se analisa a diferença de tratamento admitida (ou necessária) para realização deste princípio, apresentam-se as divergências culturais de conteúdo que dizem respeito às justificativas adequadas para a aceitação de situações anti-isonômicas, mas que, no entanto, não parecem atenuar relevância geral do fator igualdade para a realização de um juízo de aprovação ou de reprovação.

11 Para tal fim, a filosofia moral desenvolveu um sistema de engenhosos testes para suas teorias, os contraexemplos, que usualmente são apresentados na forma de dilemas morais, com a finalidade de adequá-las a nossas intuições.

12 Especificamente sobre o tema: DE WAAL, Frans, *The Bonobo and the Atheist: In Search of Humanism Among the Primates*, New York: W. W. Norton & Company, 2014.

Estudos sobre o desenvolvimento de intuições morais inatas têm demonstrado inequívoca convergência sobre a relevância da imparcialidade na aplicação de normas gerais para as pessoas.

Em artigo publicado na edição digital do jornal Folha de São Paulo, em 11 de outubro de 2011,¹³ narra-se pesquisa científica¹⁴ em que se investigou a presença, ainda que incipiente, de “senso de justiça”, em crianças de 15 meses de idade. Buscando a comprovação de experiências anteriores, cujas evidências sugeriam que a preferência pela equidade surgiria a partir da idade de três anos e meio, analisou-se o comportamento de bebês de 15 meses, contrastando situações em que se avaliava a reação infantil, quando se colocava o indivíduo na posição de terceiro observador e na posição de agente de um ato de potencial altruísmo. Utilizaram-se dois testes: o primeiro, baseado em um mecanismo de “violação de expectativas”, analisava a diferença de respostas das crianças a duas situações em que adultos recebiam distribuições iguais ou desiguais de leite e biscoitos; o segundo, o teste de altruísmo, tentava estabelecer o percentual de crianças que estavam dispostas a compartilhar um de dois brinquedos que lhes eram entregues anteriormente. O resultado observado foi que parcela significativa das crianças reagiu à distribuição injusta entre terceiros, assim como 32% delas compartilharam o seu brinquedo preferido e 37% o brinquedo menos desejado. Observou-se, ainda, que havia correlação entre a reação da criança, como terceiro observador, à situação de desigualdade entre terceiros e o comportamento altruísta do segundo experimento. Ante tais evidências, conclui-se que a sensibilidade à equidade e ao altruísmo, nos seres humanos, se desenvolve mais cedo do que se imaginava anteriormente, revelando importante padrão de comportamento cooperativo.

Evidentemente, aquele estudo não incluiu a análise da relação entre recompensa e mérito, provavelmente incompreensíveis para bebês de 15 meses. Esse foi o objeto de outro artigo¹⁵, pesquisadores americanos narram que aquela incipiente noção de igualdade somente evolui para um conceito mais elaborado de equidade, em que merecimento, esforço e recompensa

13 LOPES, R. J. Bebês de 15 meses têm senso de justiça. Folha Online, São Paulo, 11 out. 2011. Ciência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1110201101.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

14 SCHIMIDT, M. F. H.; SOMMERVILLE, J. A., Fairness Expectations and Altruistic Sharing in 15- Month-Old Infants. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0023223>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

15 ROBINSON, P. H., KURZABAN, R. e JONES, O. D., The Origins of Shared Intuitions of Justice, Vanderbilt Law Review, November 2007, Vol. 60, Number 6, p. 1670/1671. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952726> Acesso em: 28 mar. 2009.

são levados em conta, por volta dos nove anos de idade. A partir daí, a noção de justa distribuição de recursos passa a ser temperada por aquilo que chamamos de critérios de diferenciação, normalmente, adotando-se o mérito como justificativa suficiente para situações de desigualdade material.

Parece, portanto, que nossa noção de justiça está permeada por uma ideia de igualdade e equidade, em um nível muito básico. Evidentemente, esta noção, intuição ou senso, não importa sua origem¹⁶, se conforma melhor com um sistema de aplicação imparcial, geral e uniforme das regras tributárias.

Assim, não restam dúvidas que o entendimento insculpido no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, segundo o qual as decisões contrárias à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal não podem ter vigência indefinida no tempo, criando um *status* jurídico diferenciado, privilegiado ou não, para determinadas pessoas, atende nossos anseios e nossa repulsa a diferenciações arbitrárias.

No entanto, forçoso é reconhecer que mero intuicionismo não basta para a definição de regras de justiça adequadas. Nossas intuições podem nos enganar se aplicadas a casos particulares e determinados, sem o auxílio de teorias mais abrangentes ou de uma análise mais aprofundada das consequências materiais derivadas da adoção de determinado entendimento para toda sociedade. O que parece justo em determinado caso pode gerar custos sociais relevantes e inaceitáveis caso aplicado a todos os casos similares.

16 O artigo *supra* sugere que a origem de intuições compartilhadas de justiça provém de um processo genético evolutivo comportamental similar ao descrito por Richard Dawkins (O Gene Egoísta. Tradução Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª Edição, 2007) e por Robert Axelrod (A Evolução da Cooperação. Tradução Jucella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 1ª Edição, 2010). Afirmam os autores que, em animais sociais, como os seres humanos, o comportamento cooperativo pode prevalecer por seleção natural, uma vez que os grupos que possuem indivíduos que cooperam são capazes de obter melhor retorno do ambiente em que vivem. Desta forma, a sobrevivência desses grupos é favorecida pelo seu maior êxito e potencial reprodutivo, enquanto grupos formados por indivíduos não-cooperativos tendem a extinção, gerada pela exploração mútua entre seus membros. No entanto, observam, um grupo de indivíduos cooperativos permanece sujeito à invasão por indivíduos que exploram sua cooperação, sem qualquer custo para si, tornando útil o desenvolvimento da capacidade de identificar aqueles que não cooperam e retaliar tal comportamento. Assim, o desenvolvimento de intuições morais seria um resultado de um processo evolutivo, em que os genes que favorecem a cooperação (igualdade, equidade e altruísmo) e retaliação (justiça retributiva) tendem a prevalecer nos animais sociais. Ressalte-se que, no entanto, tal posição não representa uma justificação científica para a existência de “absolutos morais”. Segundo os autores, o comportamento descrito se trata de uma aptidão para o desenvolvimento e aplicação de regras morais. O real conteúdo da ideia de justiça se desenvolverá diferentemente em cada sociedade, seguindo padrões histórico-culturais e geográficos diversos. Exemplificam os autores que, da mesma forma que possuindo idêntica aptidão para a linguagem, desenvolvemos línguas diferentes, possuímos as mesmas aptidões gerais para a cooperação e retaliação, mas divergimos sobre como, onde e quando cooperar ou retaliar.

Desse modo, cabe analisar os fundamentos filosóficos e sistêmicos, essenciais para a construção da sociedade que almejamos, que justificariam uma aplicação geral do entendimento adotado pelo parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011.

b) Teorias

Consoante ponderou Rawls:

A filosofia política não tem acesso especial a verdades fundamentais, nem a ideias razoáveis sobre a justiça e o bem comum, nem a outras noções básicas. Seu mérito – se é que existe algum – é que, por meio do estudo e da reflexão, pode elaborar concepções mais profundas e instrutivas de ideias políticas básicas que nos ajudem a tornar mais claros nossos juízos sobre as instituições e as políticas de um regime democrático¹⁷.

Portanto, mesmo admitindo a inviabilidade de uma teoria de justiça perfeita, global e abrangente, as teorias imperfeitas que estão à nossa mão continuam úteis para guiar nossas intuições e oferecer critérios para a ponderação de valores, na escolha e no julgamento de diversas concepções de Estado e sociedade, bem como na análise de nossas normas e instituições. Teorias de Justiça podem “resumir nossas intuições influenciadas culturalmente sobre a coisa certa a ser feita em várias situações”¹⁸ e podem nos ajudar a articular nossos propósitos em um discurso justificado e coerente.

Esclarecido o escopo da análise, podemos adentrar ao campo da filosofia moral e política. Aqui, não há como negar que a ideia de igualdade e isonomia possui lugar de destaque. Buscaremos analisar o modo como a interpretação da eficácia das sentenças judiciais transitadas em julgado, que regulam relações jurídicas de trato sucessivo, contrárias a decisões finais do Supremo Tribunal Federal, se conforma com algumas das principais noções de justiça e de igualdade que vêm sendo debatidas no último século.

17 RAWLS, J. Lecciones sobre la historia de la filosofía política. Tradução de Albino Santos Mosquera para o espanhol. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2009. p. 27-28. Tradução nossa.

18 RORTY, R., Verdade e Progresso. Tradução Denise R. Sales. Barueri: Manole, 1ª Edição, 2005, p.205.

Rui Barbosa não nos dá muito mais do que pistas, quando afirma, inspirado em Aristóteles, que: “A regra da igualdade não consiste senão em quinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.” É necessário, portanto, que possamos ter uma melhor compreensão de algumas acepções da expressão, um tanto quanto enigmática, “na medida em que se desigalam”, a fim de verificar se as diferenças entre *status* jurídicos, baseadas no trânsito em julgado de ações individuais, podem se justificar nestes termos.

Com foco em tal objetivo, é útil examinar algumas das teorias de justiça que vêm sendo debatidas nos últimos séculos. De um lado, o Utilitarismo, a partir da formulação de Jeremy Bentham e de adaptações posteriores. De outro, duas teorias do dever, formuladas por herdeiros contemporâneos de Kant, John Rawls e Robert Nozick. Optamos por analisá-las porque apresentam uma clara hierarquia de valores sociais, são as mais representativas das diversas posições políticas correntes na sociedade contemporânea e porque são substantivas. Buscaremos, em suma, esclarecer, um pouco, a relevância do princípio da igualdade para as referidas posições e seus reflexos sobre a questão aqui analisada.

O Utilitarismo é uma teoria moral consequencialista, segundo a qual o bem prevalece sobre o correto. Uma ação ou uma norma será justa, se for direcionada a atingir o bem, posição que pode ser resumida na expressão “os fins justificam os meios”. Já as teorias do dever, ou deontológicas, consideram que o correto prevalece sobre o bem, sendo determinada ação ou norma considerada justa se utilizar os meios adequados à promoção do bem.

Segundo o Utilitarismo, na formulação original de Bentham, uma ação ou norma será justa se gerar a maior felicidade agregada para o maior número. A posição se assemelha com Aristóteles, mas, enquanto o filósofo estagirita considera que a felicidade é identificada com a realização das potencialidades humanas, com a boa (correta) vida ou com vida virtuosa, para Bentham o conceito de felicidade possui um caráter hedonista, relativo ao bem-estar ou à prosperidade.

No que diz respeito à igualdade, cumpre observar que, muito embora ela não seja o valor a ser buscado, já que único objetivo social deve ser a felicidade, os utilitaristas preocupam-se em conferir igual proteção aos interesses das pessoas. Isso porque se considera que a busca pela felicidade geral somente seria possível se conferirmos idêntico peso ao interesse de cada um, devendo as pessoas serem tratadas como iguais na satisfação de suas preferências. O utilitarista poderia dizer que, se as pessoas têm igual importância,

seus interesses têm igual peso para o seu “Princípio da Máxima Felicidade”. Portanto, a máxima satisfação destes interesses é o único guia para o julgamento moral de nossos atos¹⁹.

No entanto, o Utilitarismo, na formulação proposta por Bentham era sujeito a inúmeras e fortes objeções. Assim, os utilitaristas propuseram refinamentos às ideias originais do filósofo inglês. As adaptações são múltiplas e, muitas vezes, discordantes, de modo que se citará, apenas a título exemplificativo, três proposições que buscam responder algumas das principais críticas opostas à teoria moral analisada e que tangenciam o tema tratado. Primeiro, deve prevalecer, sobre o utilitarismo de atos, um utilitarismo de regras e direitos, pois atos isolados que maximizam a utilidade a curto prazo, violando

19 Na eloquente lição de Stuart Mill: “Se temos o dever de dar a cada um aquilo que merece, respondendo ao bem com o bem e reprimindo o mal com o mal, segue-se necessariamente que, quando nenhum dever mais forte o proíbe, devemos tratar igualmente bem todos aqueles que merecem o mesmo de nós, e que a sociedade deve tratar igualmente bem todos que merecem o mesmo dela, isto é, todos que merecem o mesmo em termos absolutos. Este é o superior padrão abstracto de justiça social e distributiva, para o qual devem convergir no maior grau possível todas as instituições e os esforços dos cidadãos virtuosos. Mas este grande dever moral tem um fundamento ainda mais profundo, pois é uma emanção directa do primeiro princípio da moral – não é um mero corolário lógico de doutrinas secundárias ou derivadas: está implicado no próprio significado da utilidade ou do Princípio da Maior Felicidade. Este princípio será um simples conjunto de palavras sem significado racional caso a felicidade de uma pessoa, sendo igual à de qualquer outra no seu grau (e estando devidamente considerado o seu gênero), não conte exatamente o mesmo que a desta. Reunidas estas condições, a expressão de Bentham << que todos contem como um e ninguém mais como mais do que um >> pode ser apresentada como um comentário explicativo do princípio da utilidade. Da perspectiva do moralista ou do legislador, o igual direito de todos à felicidade implica um igual direito a todos os meios para a felicidade, excepto na medida em que as inevitáveis condições da vida humana, bem como o interesse geral (do qual faz parte o interesse de todo o indivíduo), impõem limites a essa máxima – e esses limites devem estar rigorosamente definidos. Com todas as outras máximas de justiça, também esta não é aplicada ou considerada aplicável universalmente; pelo contrário, como já observei, está sujeita às ideias de conveniência social que todas as pessoas têm. No entanto, sempre que é considerada aplicável é vista como uma injunção da justiça. Entende-se que todas as pessoas têm direito a um tratamento igual, excepto quando uma conveniência social reconhecida exige o inverso. Por isso, todas as desigualdades sociais que deixaram de ser consideradas convenientes, assumem o caráter, não de simples inconveniências, mas de injustiças, e parecem tão tirânicas que as pessoas tendem a ficar surpreendidas por elas terem sido toleradas alguma vez, esquecendo-se de que elas próprias talvez tolerem outras desigualdades sob uma noção de conveniência igualmente errada e que a sua correção faria parecer aquilo que aprovam tão monstruoso como aquilo que, por fim, aprenderam a condenar. Toda história do progresso social tem consistido numa série de transições pelas quais cada costume ou instituição, depois de ter sido considerado uma necessidade primária da existência social adquiriu o estatuto de uma injustiça e tirania, universalmente estigmatizada. Isto ocorreu com as distinções entre escravos e homens livres, nobres e servos, patrícios e plebeus, e o mesmo ocorrerá, e em parte já ocorre, com as aristocracias de cor, da raça e do sexo.” (MILL, S. Utilitarismo. Coleção Filosofia-Textos. Tradução Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 102-104)

regras gerais, tendem a fragilizar a observância de regras instituídas, reduzindo o bem-estar social a longo prazo. Segundo, o dever da imparcialidade ante os direitos de terceiros é um dever de justiça, que deve ser respeitado quando exista um direito, derivado de uma regra geral; são admissíveis, no entanto, as preferências pessoais por amigos, companheiros ou familiares no âmbito privado. Terceiro, o objetivo adequado não é o princípio da utilidade agregada, tal como defendida por Bentham, mas o princípio da utilidade média, ou pró-rata, segundo o qual o relevante é a maximização da felicidade média de cada pessoa, não a soma de todas utilidades individuais.

Colocados, de maneira bem geral, os principais pontos do Utilitarismo, cumpre observar como aquela doutrina se adaptaria ao presente debate: a intangibilidade, para o futuro, das regras definidas em sentenças transitadas em julgado, que contrariam jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme exposto, o Utilitarismo supõe igual consideração aos interesses das pessoas e, quando tratamos de políticas públicas, a igual consideração ao interesse de cada um seria atendida pela aplicação de normas gerais que maximizassem o bem-estar social. Nestes termos, a doutrina é contrária às diferenças permanentes de *status* jurídico, favoráveis ou prejudiciais a determinadas pessoas, que possam surgir do trânsito em julgado de sentenças proferidas em casos concretos. No entanto, a questão não é tão simples. É que, consoante aponta Stuart Mill: “Entende-se que todas as pessoas têm direito a um tratamento igual, excepto quando uma conveniência social reconhecida exige o inverso”²⁰.

Ora, para o utilitarista, a “*conveniência social*” que legitima o tratamento desigual para as pessoas, cujos interesses possuem igual valor, somente pode ser guiada pelo critério da utilidade. Este seria o fundamento de algumas hipóteses de tratamento desigual instituído pela lei, como, em exemplo citado pelo próprio Mill, seria o caso do dever dos ricos pagarem mais impostos que os pobres²¹. O tratamento diferenciado de ricos e pobres, em questões tributárias, poderia, por exemplo, se justificar em termos utilitaristas pela lei da utilidade marginal decrescente, segundo a qual quanto mais uma pessoa possui ou consome determinado bem, menor utilidade será obtida da aquisição ou consumo da próxima unidade do mesmo bem. Aplicando-se tal preceito ao dinheiro, poder-se-ia dizer, portanto, que a maior tributação dos ricos em

20 MILL, S. Utilitarismo. Coleção Filosofia-Textos. Tradução Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 103/104.

21 Após refutar argumentos que buscam evidenciar outras justificações morais para tal dever, aponta Mill que o “Utilitarismo é o único meio para sair dessas confusões”. MILL, S. Ob.cit. p. 99.

relação aos pobres gerará maior bem-estar social, pois, para os ricos, uma unidade monetária adicional gera menos benefícios que para os necessitados. Sobre o tema, o utilitarista poderia alegar, também, que a maioria das pessoas levam em consideração o bem-estar dos outros, ou seja, possuem preferências altruístas. Desta forma, a redução da pobreza e da miséria geraria externalidades positivas, beneficiando também aqueles que não foram diretamente contemplados com uma política fiscal voltada à justiça social.

Portanto, para que se apresente, segundo parâmetros utilitaristas, justificável e adequado um tratamento diferenciado, seria necessário que a utilidade daqueles que obtêm mais vantagens fossem comparativamente maior que a daqueles que se submetem à regra geral e que o bem-estar auferido por estes, fosse, comparativamente, superior ao extraído por aqueles submetidos a um regime jurídico desfavorável. Ainda que ponderemos que o julgamento utilitarista depende de uma concepção particular de “Felicidade” ou “Bem-estar”, tudo leva a crer que a existência de sentenças transitadas em julgado, contrárias à Constituição, não oferece um meio adequado para a atribuição de regimes jurídicos especiais segundo critérios de utilidade. O que se pode supor é que é mais provável que os mais ricos obtenham regimes jurídicos mais favoráveis em detrimento dos mais pobres, uma vez que aqueles, além de possuírem mais recursos para investir em demandas judiciais, geralmente, são mais instruídos e têm maior conhecimento acerca dos meios adequados à defesa de seus interesses. Nessa hipótese, considerando a lei da utilidade marginal decrescente haveria um decréscimo do bem-estar social. Além do mais, mesmo que na hipótese de uma sociedade em que a utilidade gerada para todos fosse idêntica, independentemente de condição financeira, o aspecto econômico que envolve a questão – que será mais detalhadamente examinado mais adiante – revela que o caso não se trata de um jogo de soma zero, onde o bem-estar agregado de todos os participantes não aumenta nem diminui, mas de um caso de autêntica perda líquida para a sociedade. Enfim, o utilitarismo não oferece suporte para regras jurídicas anti-isonômicas derivadas de sentenças transitadas em julgado inconstitucionais.

John Rawls e Robert Nozick elaboraram teorias divergentes, ambas, no entanto, refutando o Utilitarismo e partindo do suposto de que devemos tratar as pessoas como iguais. Suas teorias conferem significado preciso à igualdade, tornando possível que verifiquemos o desacordo entre tais concepções e uma teoria que sustente regramentos jurídicos permanentes e particulares, decorrentes de sentenças transitadas em julgado inconstitucionais.

Rawls pretendia oferecer uma resposta às duas correntes predominantes na filosofia política de sua época, o Utilitarismo e o que ele chama de

Intuicionismo. Não considerava nenhuma delas adequada para a formulação de uma teoria de justiça satisfatória, pois não atingiam dois objetivos que julgava relevantes: oferecer critérios que servissem de inspiração para a elaboração e avaliação uma estrutura institucional básica da sociedade e adequar-se a nossas intuições morais. Em sua obra seminal, *Uma Teoria da Justiça*, aponta que: a) o Utilitarismo, apesar de representar uma teoria abrangente e coerente, é contraintuitivo, além do mais, “não o leva a sério a distinção entre as pessoas”²², ou seja, submete “planos de vida” do indivíduo à maximização do bem-estar de todos; b) o Intuicionismo, que apela para a necessidade de ponderação entre diversos valores e princípios que julgamos fundamentais em cada caso concreto, a fim de obtermos um juízo adequado sobre a providência justa, seria deficiente por não apontar um critério que forneça elementos para definir a ênfase apropriada de cada princípio.

Assim, busca Rawls elaborar um sistema de princípios de justiça, consistente e coerente, que discipline a estrutura básica da sociedade e que possa se adequar aos nossos juízos morais. Chama tal situação de “equilíbrio reflexivo” e esclarece que: “É equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem”²³.

Rawls chama de “bens primários”, aqueles que um indivíduo racional deseja ter mais do que ter menos, independentemente de aspectos particulares de seu plano de vida de longo prazo. Tais “bens primários” auxiliam na realização destes planos de vida e tornam viáveis outros planos alternativos que podem ser preferíveis àqueles que seriam factíveis em um cenário de maior escassez. Os “bens primários” podem ser diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como a renda, o patrimônio, o prestígio, as oportunidades, os direitos, as liberdades políticas, ou podem ser distribuídos pela natureza, como a saúde, o talento, o intelecto, a força, sendo que, neste caso, eventuais distorções nessa distribuição poderiam ser, ao menos parcialmente, compensadas pelas instituições sociais. Os princípios de justiça de Rawls buscam uma distribuição equitativa e justa de tais bens primários. São eles assim formulados:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para outras pessoas.

22 RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 33.

23 RAWLS, J. *Ob. Cit.* p. 25.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.²⁴

Observe-se que tais princípios se encontram em ordem léxica, de forma que os primeiros princípios têm peso absoluto em relação aos que lhes são posteriores, devendo aqueles prevalecer sempre, em caso de conflito. E mais, para interpretar o segundo princípio²⁵, Rawls lança um terceiro, o princípio da diferença, segundo o qual:

As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.²⁶

Para sustentar seus princípios de justiça, principalmente o forte suposto igualitário contido no princípio da diferença, Rawls apresenta dois argumentos principais: a ideia de contrato social e a igualdade de oportunidades.

Na sua argumentação com base no contrato social, Rawls supõe que, ao definir os princípios de justiça adequados a uma sociedade, todos seus membros se encontram em uma posição original submetidos a um “véu da ignorância”, em razão do qual ignoram suas circunstâncias, vantagens e desvantagens particulares.²⁷ No entanto, permite-se que os participantes

24 RAWLS, J. Ob. cit., p. 73.

25 Observe-se que Rawls considera que restrições ao primeiro princípio, o princípio da liberdade igual: “[...] só podem ser admitidas na medida em que forem necessárias para preparar o caminho para o momento em que não mais se justifiquem. Só se pode defender a negação das liberdades iguais quando isso é essencial para alterar as condições da civilização de modo que, no momento apropriado, seja possível desfrutar dessas liberdades” (Ob. cit. p. 185). No entanto, ressalva que “[...] a estrutura básica deve ser organizada de forma a maximizar o valor para os menos favorecidos do sistema de liberdade igual compartilhado por todos” (RAWLS, J. Ob. cit. p. 251)

26 RAWLS, J. Ob. cit., p. 100.

27 “Ninguém sabe seu lugar na sociedade, classe nem status social; além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força e assim por diante. Ninguém conhece também a própria concepção do bem, as particularidades do seu projeto racional de vida, nem mesmo suas características especiais de sua psicologia, com sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Além do mais, presumo que as partes não conhecem as circunstâncias de sua própria sociedade.” (RAWLS, J. Ob. cit., p. 166.)

conheçam “os fatos genéricos da sociedade. [...] Não há limites impostos às informações genéricas, ou seja, sobre as leis e as teorias gerais”.²⁸ Rawls supõe que os participantes, em tais condições, ainda não possuem uma concepção de bem, são racionais (capazes de avaliar e hierarquizar as alternativas que se lhes apresentam), são movidos por autointeresse (cada um busca alternativas que melhor resguardem seus objetivos) e que são dotados de “senso de justiça” (capacidade de cumprir os acordos estabelecidos).

Rawls considera que, na posição original por ele descrita, as pessoas seriam guiadas pela regra *maximin*, optando pela alternativa que maximizasse o mínimo que se poderia obter do convívio social. Desta forma, decidiriam, unanimemente, pelos princípios de justiça descritos pelo próprio Rawls, a fim de garantir minimamente os meios adequados à execução de seus planos de vida, na eventualidade de que, após levantado o véu, se vissem na pior posição da sociedade. Rawls reconhece que, caso a posição original fosse apresentada de outra forma, com diferentes restrições sobre informações disponíveis e motivações dos agentes, poder-se-ia chegar a outros princípios de justiça, diversos daqueles que ele sustenta. No entanto, considera que há razões para defender sua concepção. Rawls aponta que sua descrição da posição original é uma tentativa de interpretação do imperativo categórico de Kant, ao colocar os seres humanos na posição de seres livres e iguais, ignorando circunstâncias e desejos particulares. Para Rawls, sua posição original reflete restrições importantes para a adequada reflexão moral sobre os princípios de justiça com imparcialidade, em que a posição do outro na sociedade é tão relevante, para cada um, quanto sua própria.

A segunda justificação, baseada na “igualdade equitativa de oportunidades”, considera que a concepção tradicional, segundo a qual “aqueles que têm capacidades e habilidades similares devem ter oportunidades similares de vida”²⁹, é deficiente, pois desconsidera o papel de contingências naturais, que resultam na distribuição aleatória de talentos apreciados socialmente, e a influência de condições sociais no desenvolvimento destes talentos. Assim, aponta que os talentos dos mais bem-dotados da sociedade devem ser considerados como bens públicos que somente poderão trazer benefícios àqueles que por sorte os possuam, caso sejam utilizados em benefício de todos os demais, especialmente dos menos favorecidos, pois é injusto que alguns sejam beneficiados e outros prejudicados por diferenças arbitrárias e imerecidas. Assim, chega, também por esta razão, aos seus dois princípios de

28 RAWLS, J. Ob. cit., p. 167.

29 RAWLS, J. Ob. cit., 88.

justiça: todos têm igual liberdade para escolher e realizar seus planos de vida particulares, no entanto a distribuição de recursos sociais escassos deve contemplar a exigência moral de que ninguém deve receber ou ser privado de algo por seus dotes imerecidos, sem oferecer ou receber algo em troca.

A existência de *status* jurídicos particulares e permanentes, originados de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, também não encontra respaldo nos princípios de justiça que, segundo Rawls, deveriam disciplinar a estrutura básica da sociedade. Evidentemente, por se tratar de um entendimento jurídico que sustenta a legitimidade de mais direitos para alguns em detrimento de outros, não se enquadra na exigência de liberdades iguais. Muito menos é um mecanismo de legitimação moral das desigualdades sociais e econômicas, assemelhado ao descrito no segundo princípio, eis que o tratamento desigual em ações judiciais que possuam um objetivo econômico não se dá em benefício dos menos favorecidos socialmente, nem tem a função de estender a todos igual oportunidade para o exercício de cargos e funções. O tratamento desigual, nessa hipótese, é “moralmente arbitrário”, pois é derivado circunstâncias estranhas às partes, de eventos imprevisíveis ou imprevisíveis e de qualidades particulares atinentes a juízes e advogados, não havendo nenhum mecanismo corretivo que imponha a transferência do maior bem obtido pelos “mais favorecidos pelo acaso judicial” aos que se encontram em pior situação na sociedade.

Robert Nozick apresentou uma resposta libertária³⁰ à teoria de Rawls. Também rejeitando o utilitarismo, Nozick buscou elaborar uma teoria que promovesse uma justificação moral do Estado. Sua conclusão foi que a existência do Estado poderia ser moralmente justificada quando contrastada a uma hipótese de anarquia. No entanto, Nozick considerou que somente o estado mínimo poderia, desta forma, ser justificado, objetando fortemente às razões apresentadas por Rawls.

Nozick não busca fundamento para sua teoria em um contrato social hipotético. Prefere elaborar o que chama de “teoria de mão invisível”, segundo a qual o Estado surgiria, naturalmente, das ações de pessoas dotadas de senso moral. Nozick imagina um “estado da natureza” onde cada um é proprietário de si mesmo, de seu corpo, de seus talentos, do produto de seu trabalho, desde que não interfira nos mesmos direitos dos demais. Em caso de violação deste direito, surge para a vítima a possibilidade de retaliar, exigir compensação e reparação pelo descumprimento das promessas. No entanto,

30 NOZICK, R. Anarquia, Estado e Utopia. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009.

dada a imperfeição deste sistema, cuja eficácia depende dos meios existentes à disposição dos indivíduos para retaliar, estes começam a se unir em redes de proteção mútua, voltadas para a defesa de seus direitos. Com a especialização e divisão de trabalho, essas redes passariam a constituir diversas agências de proteção. Seguindo uma lógica de livre mercado, as agências mais fortes tenderiam a prevalecer sobre as demais ou fundir-se, levando à consolidação do domínio de determinado território por uma única agência. Restariam não submetidos ao domínio desta agência os indivíduos que optassem por manterem-se independentes, exercendo, por si próprios, seu direito a exigir compensação ou retaliar o comportamento lesivo praticado por terceiros. Mas, como estaria dentro dos poderes da Agência definir os limites da retaliação lícita, as agências deveriam impedir o exercício de tal faculdade, oferecendo, no entanto, como compensação aos indivíduos que foram impedidos de praticar tais atos, a proteção aos seus direitos. Nestes termos, para Nozick, surgiria um Estado de Polícia, sem que os direitos de nenhuma pessoa fossem lesados.

No que tange à distribuição dos recursos sociais, Nozick se funda no que chama de “Teoria da Titularidade”. Segundo ele, uma teoria de justiça na distribuição de bens, deveria se valer dos seguintes princípios:

- 1- Uma pessoa que adquire um haver em concordância com o princípio de justiça na aquisição tem direito a esse haver.
- 2- Uma pessoa que adquire um haver em concordância com o princípio da justiça na transferência, de outrem que tem o direito ao haver, tem o direito ao haver.
- 3- Ninguém tem direito a um haver excepto através de aplicações (repetidas) de 1 e 2.³¹

No que diz respeito ao princípio da justa aquisição, Nozick, baseando-se em Locke, concebe a “origem dos direitos de propriedade sobre um objecto impossível em termos de alguém misturar o seu trabalho com o objecto”³². Para que tal processo de aquisição seja válido, é indispensável que a apropriação de um objeto impossível não piore a situação dos demais, o que, conforme restrição oposta por Locke, significa que “se deixe o suficiente

31 NOZICK, R. Ob. cit., p. 183

32 NOZICK, R. Ob. cit., p. 219

e igualmente bom em comum para outros”³³. O princípio da justiça na transferência incluiria transferências voluntárias e livres dos bens adquiridos de forma justa. Já, aplicando-se o princípio da retificação, qualquer descumprimento dos dois primeiros princípios deverá ser corrigido. Segundo Nozick, o “princípio de rectificação presumivelmente fará uso das suas melhores estimativas de informação conjuntiva acerca do que teria ocorrido [...] se a injustiça não tivesse tido lugar.”³⁴

Nozick aponta algumas vantagens da sua Teoria da Titularidade. Primeiro, é uma teoria histórica, ou seja, a justiça distributiva depende do que realmente aconteceu, em contraposição a princípios sincrônicos correntes, cuja realização depende de que os recursos estejam distribuídos de determinada forma, segundo algum princípio estrutural, ignorando méritos ou prerrogativas que justificariam direitos diferentes. Assenta, também, que seus princípios de justiça não fornecem padrões de distribuição de recursos, o que os torna mais adequados à preservação liberdade das pessoas. Considera que, quando aplicamos princípios de justiça padronizados mesmo que exista uma distribuição inicial de recursos, segundo determinada dimensão preferida (mérito, necessidade, utilidade), o processo de livre troca entre as pessoas vai perturbar os padrões escolhidos, tornando necessário que se intervenha continuamente na sociedade para se restabelecer ou manter o estado de coisas conforme desejado. Assim, as decisões livres dos indivíduos acerca da transferência e do emprego dos seus recursos naturais e de seus bens ficam submetidas a interferências externas, em nome do princípio padronizado escolhido. Tais interferências, não seriam necessárias na aplicação dos princípios da titularidade de Nozick, que, por isso, seriam atrativos.

Segundo esclarece, não há incompatibilidade entre sua teoria e uma busca por maior igualdade na distribuição de recursos econômicos, desde que esta seja fruto de decisões voluntárias individuais: “Quaisquer pessoas que favoreçam um padrão finalista particular podem transferir alguns ou todos os seus haveres de modo a (pelo menos temporariamente) se aproximarem de realizar seu padrão desejado”³⁵. Outra possibilidade de favorecimento da igualdade material, segundo os princípios de Nozick seria a reparação de injustiças passadas, nos termos do princípio da retificação.

Enquanto Rawls se preocupa com desigualdades que piorem a situação dos menos favorecidos, Nozick afirma que estes já ganham o suficiente

33 NOZICK, R. Ob. cit., p. 221

34 NOZICK, R. Ob. Cit. p. 195.

35 NOZICK, R. Ob. cit. p. 283/284

com a cooperação social e que é injusto que os bens legitimamente adquiridos pelos mais favorecidos lhes sejam subtraídos para melhorar ainda mais a situação daqueles. Para sustentar sua posição, argumenta que, caso aqueles que fossem mais bem dotados pela natureza se limitassem a cooperar entre si, enquanto os menos bem dotados fizessem o mesmo, a cooperação limitada dos mais favorecidos geraria ganhos maiores, ante sua maior produtividade e aptidão para desenvolver tarefas mais úteis. Assim, a cooperação de todos, apesar de gerar benefícios para toda sociedade, independentemente de seus atributos naturais dos seus participantes, geraria mais benefícios para os menos favorecidos, uma vez que a cooperação com os mais talentosos é mais proveitosa e produtiva.

A concepção de igualdade em Nozick é formal. Ele considera que ninguém é moralmente obrigado a fazer nada em prol dos demais e que cada um somente pode reclamar aos direitos provenientes da “posse de si mesmo”, ou seja, decorrentes de seu direito ao seu corpo, seu trabalho, seus talentos e aptidões. Conceder direito a terceiros sobre os frutos e bens produzidos por uma pessoa seria conceder direitos sobre a própria pessoa, uma vez que isto limita suas escolhas legítimas. Em termos kantianos, seria utilizar os seres humanos como meios, não como fins. Escolhas privadas, legitimamente realizadas, podem resultar no tratamento diferenciado dos demais, seja por afeto ou mesmo por capricho, sem qualquer necessidade de justificação. A aplicação do princípio da igualdade deve-se restringir à esfera pública.³⁶ Assim, a igualdade, na Teoria da Titularidade, se resumiria à garantia de igual proteção, pelo Estado, dos bens e atributos derivados da “posse sobre si mesmo”, compatíveis com a garantia de idênticos direitos aos demais.

A ideia básica de igualdade que se encontra sob a teoria de Nozick também não oferece qualquer amparo à concepção “forte” da coisa julgada voltada para regular o futuro. O Estado Mínimo, fundado na Teoria da Titularidade, não admite a ideia de regramentos jurídicos diferenciados baseados no trânsito julgado de sentenças contrárias a supervenientes decisões do Supremo Tribunal Federal. Os direitos derivados da “posse sobre si mesmo”, os direitos das pessoas aos seus bens e a sua renda,

36 “Que se tenha de justificar diferenças de tratamento ajusta-se de facto aos governos contemporâneos. Aqui há um processo centralizado que todos trata, sem qualquer prerrogativa para aplicar um tratamento segundo o capricho. A parte principal da distribuição numa sociedade livre, todavia, não passa pelas ações do governo, nem a incapacidade de reverter os resultados das trocas individuais localizadas constitui <ação estatal>. Quando ninguém é responsável pelo tratamento e todos têm o direito de conceder os seus haveres como desejam, não é claro por que se deva pensar que a máxima de que as diferenças de tratamento têm de ser justificadas tem aplicação geral.” (NOZICK, R. Ob. cit., p. 272).

são iguais. Assim, considerando decisões que autorizam ou limitam a incidência de tributos, não se justificaria que a alguém fosse imposta uma exação destinada a financiar o funcionamento de um aparato estatal de proteção, que beneficiaria a terceiros, sem que estes também contribuíssem³⁷. Isso equivaleria a uma transferência forçada dos bens que legitimamente foram adquiridos por uma pessoa para o fornecimento de um serviço público em proveito de outras. Implicaria, afinal, uma posse, ainda que limitada, de um ser humano por outro, eis que de alguém seria extraído o produto de suas próprias capacidades, relações pessoais, horas de trabalho e dedicação, em benefício de outros, independentemente de sua vontade.

Analizamos três concepções de justiça que julgamos predominantes e que retratam justificações morais bem diferentes para a existência do Estado e as instituições básicas da sociedade. Todas elas oferecem conteúdo a um critério justo de discriminação, à expressão “*na medida em que se desigualam*”, apontando quais são as desigualdades eticamente relevantes e quais suas consequências justas e adequadas. Nenhuma delas, no entanto, oferece suporte ao resultado proveniente de uma concepção forte de coisa julgada: a subsistência perene de um tratamento desigual perante a lei e de um ordenamento jurídico com exceções pessoais, decorrentes, exclusivamente, dos resultados de processos judiciais isolados. Assim, cabe a pergunta: se teorias tão diversas, voltadas prioritariamente à promoção do bem-estar geral da sociedade (Utilitarismo), à proteção aos menos favorecidos (Rawls) e defesa da posse de si mesmo (Nozick) não sustentam tal entendimento, o que o sustentaria?

III - LIVRE CONCORRÊNCIA - AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DA CRISTALIZAÇÃO

Poder-se-ia argumentar que, mesmo contrariando nossas intuições de justiça e as teorias que comumente utilizamos para justificá-las e harmonizá-las, uma análise pragmática da questão revelaria que a adoção da intangibilidade absoluta da coisa julgada, para o futuro, representa benefícios materiais

37 A única razão pela qual Nozick admitiria contribuições diferenciadas para o financiamento de seu Estado Mínimo seja a impossibilidade material de contribuir. Isso porque, nessa hipótese, poderíamos afastar a suposição de adesão voluntária à Agência de Proteção Nozickiana que, por meio do seu hipotético processo de mão invisível, formaria o Estado. Neste caso, a existência de contribuições variadas pelo fornecimento de um bem público que serve igualmente a todos seria admissível, sob a justificativa de que se trata de uma compensação pela restrição imposta ao direito de autoproteção daqueles que não optaram por aderir voluntariamente à Agência.

aos quais não estamos dispostos a renunciar. Talvez, estes benefícios materiais, eventualmente existentes, sejam tais, que poderíamos rever o que foi exposto acima e encontrar alguma justificativa para tal posição em uma teoria de justiça utilitarista focada no bem-estar geral. Para analisar o tema, nesses termos, é necessário tecermos algumas considerações econômicas, baseando-nos em modelos básicos, que indicam como seriam aproveitados os recursos sociais, ante a aplicação das posições aqui tratadas.

Inicialmente, é necessário superarmos uma ideia prevalecente no senso comum. Normalmente, quando se imagina a incidência de tributos sobre determinada atividade econômica, pensamos que, se aquele tributo não fosse cobrado, o produtor honesto e inteligente reduziria o preço do bem produzido, no exato montante correspondente à redução do seu custo, buscando “ganhos de escala” decorrentes do aumento de vendas. Por outro lado, um aumento de tributo, implicaria o repasse integral, ao consumidor, do acréscimo, no custo de produção, decorrente da majoração. Infelizmente, na economia e na vida, as coisas não são tão simples.

Devemos notar que todo empresário vai sempre buscar o máximo lucro possível, independentemente de ser “bom” ou “mau”, “honesto” ou “desonesto”. Age assim porque o lucro é a medida do sucesso de sua empresa e, em um ambiente competitivo, é essencial à sua sobrevivência. Com um lucro atual ou esperado menor que seus concorrentes, o empresário terá menos margem de manobra para investir em novos produtos, novos processos, *marketing*, publicidade, oferecer condições mais vantajosas a clientes etc. Assim, esse é o primeiro dado que devemos ter como certo: o empresário aumentará ou diminuirá seus preços na medida que isso aumente seus ganhos e, uma vez que atue dentro das regras, é impertinente qualquer consideração moral sobre o tema.

Para definir se aumentará ou reduzirá seus preços, o empresário deve observar as limitações impostas pelas características do mercado em que atua. Pode-se enumerar alguns fatores:

- a) A empresa deverá analisar tipo de demanda que enfrenta, derivada da essencialidade de seu produto e existência de substitutos adequados. Se produzir um bem essencial, para o qual não existem substitutos, como, por exemplo, energia elétrica, o produtor poderá enfrentar uma demanda chamada pelos economistas de *inelástica*, que, em suma, se trata de uma demanda que responde pouco às variações no preço. No caso citado da energia elétrica, pode-se imaginar que um grande aumento na conta de luz, provocará alguma mudança no comportamento do consumidor, ele tentará

reduzir algum desperdício ou algum consumo supérfluo de energia. No entanto, ele não terá muitas alternativas viáveis ao seu consumo. Dificilmente substituirá a energia elétrica por equipamentos movidos à bateria ou por velas. Então, pode-se imaginar que, nesse caso, os consumidores responderão pouco à variação do preço do serviço. Por essa razão, haverá fortes incentivos para que não haja repasse em caso de redução dos custos tributários e para o repasse integral do aumento destes, quando ocorreram. O contrário ocorrerá quando o produto não for essencial ou for facilmente substituído por um ou vários outros bens disponíveis. O exemplo seria um mercado de arroz e batatas, onde, os consumidores preferissem arroz, mas apenas um pouco, em relação às batatas. Nesse caso, o preço de um bem estaria restrito pelo preço de outro bem (ou vários outros). Assim, caso exista uma redução de preços em um desses bens, pode haver um forte incremento em seu consumo e redução no consumo do bem rival, ocorrendo o contrário em caso de aumento de preços. Nessa hipótese, portanto, haveria uma tendência para repassar eventuais reduções no custo aos consumidores e evitar repassar aumentos aos mesmos.³⁸

- b) A quantidade de competidores, efetivamente existentes e potenciais (que podem entrar no mercado a qualquer momento). A competição entre produtores em uma mesma indústria, leva a uma análise similar àquela exposta acima, quando falamos da concorrência entre produtores de bens diversos. Aqui, no entanto, focamos a concorrência entre produtores de um mesmo bem. Caso estejamos em um ambiente fortemente competitivo, onde existem muitas empresas e/ou existem poucas barreiras à entrada de novas empresas, será muito difícil que os produtores repassem aumento ou diminuição de custos, uma vez que dada a pulverização do mercado, nessa hipótese, cada produtor, isoladamente, tem muito pouca influência sobre o total da oferta do referido bem e, conseqüentemente, deverá arcar com todas as perdas ou ficar com todos

38 Observe-se que o que expomos é uma lógica muito simplificada, que indica, apenas, uma tendência. Para sabermos com mais precisão o repasse de incremento ou redução de um determinado tributo, uma análise mais técnica e detalhada se faria necessária, eis que dependeria da elasticidade preço da demanda (o percentual em de alteração da demanda de um determinado bem, em função da modificação do preço do mesmo em 1%) de determinado ponto da curva de demanda.

benefícios³⁹ decorrentes de um aumento ou redução da carga tributária. Caso se trate de um monopolista que não tenha que lidar com a regulação, ele terá que enfrentar, apenas, a demanda do mercado, seguindo a lógica exposta no item a). Caso se trate de um mercado com poucos competidores, um oligopólio, em que não haja cartelização, no caso de redução de custos, a ação de uma empresa vai depender da ação das demais, no tocante a preços e quantidades.

- c) Deverá ser avaliado o impacto de uma expansão da produção na função de custos da empresa. Isso dependerá: da influência do aumento ou redução da produção na evolução dos preços dos insumos; da necessidade de se realizar novos investimentos em capital, caso se tenha atingido o limite da produtividade da capacidade instalada da indústria; do custo de novos investimentos e da capacidade de administração eficiente de uma empresa maior.

Dados estes supostos, vamos analisar o que se passaria com a aplicação de regras tributárias individualizadas, em dois modelos econômicos clássicos: o modelo da concorrência perfeita e o modelo do oligopólio. Não analisaremos, aqui, a hipótese de um monopólio não regulado, por três razões: Primeiro, porque tais monopólios são extremamente raros e o modelo visa, primordialmente, justificar a própria necessidade de regulação, que reduza os ganhos excessivos do monopolista e aumente o bem-estar do consumidor, através de um mecanismo que aproxime o funcionamento do setor de um mercado competitivo. Segundo, porque uma regra particular, incidente sobre o monopolista não regulado, produz resultados similares a uma regra de aplicação geral em um mercado competitivo – uma redução de custos aumentará o bem-estar do consumidor e os ganhos do monopolista, em proporção dependente das características da demanda do produto, ocorrendo o contrário na hipótese de aumento de custos (pode-se afirmar, todavia, que, em se tratando de bens que não tenham substitutos próximos, o mais provável é que os ganhos do monopolista sejam muito maiores que os benefícios do consumidor, o contrário ocorrendo com as perdas). Terceiro, porque, por definição, nesse caso, não há concorrência, sendo que os efeitos da aplicação de regras diferentes, sobre empresas isoladas, é especialmente relevante no caso de mercados competitivos (muito embora, uma análise, muito mais profunda do que pretendemos

39 A situação se modifica no longo prazo, caso tal aumento ou redução seja geral, conforme esclareceremos adiante.

fazer aqui, acerca do equilíbrio geral da economia, possa indicar perdas de eficiência também nessa hipótese).

O modelo de um mercado de concorrência perfeita funciona de forma parecida com grandes mercados com inúmeros participantes relativamente pequenos, como por exemplo, os mercados internacionais de *commodities* agrícolas. O modelo supõe as seguintes circunstâncias: i) todos demandantes e produtores atuam como se os preços dos bens fossem dados, ou seja, o comportamento de cada um, isoladamente, possui uma influência desprezível nos preços, dada sua pequena participação relativa na oferta ou na demanda; ii) o produto vendido é homogêneo e idêntico, independentemente do fornecedor, sendo o comprador indiferente quanto ao oferente; iii) os produtores podem investir e retirar recursos do referido mercado, em resposta a sinais de preço, não existem quaisquer barreiras a entrada ou saída; iv) produtores e consumidores possuem informação perfeita sobre os preços, conhecem o preço em que o mercado se equilibra e o comportamento de todos os demais agentes.

Uma empresa maximizará seus lucros ao estabilizar sua produção no ponto em que seu custo marginal (o custo de uma unidade a mais produzida) igualar seu ingresso marginal (o ingresso proveniente da venda de uma unidade de produto a mais)⁴⁰. Assim, se a empresa, produzir até um determinado ponto em que o custo marginal for inferior a seu ingresso marginal, poderá obter um lucro maior produzindo uma nova unidade de determinado bem, pois nesse caso, a nova unidade a ser produzida acrescentará um ganho para o empresário equivalente a diferença entre o ingresso marginal (superior) e o custo marginal (inferior). Se a empresa produzir uma determinada quantidade de bens, operando com custo marginal superior ao ingresso marginal, o empresário poderá maximizar seus lucros reduzindo a quantidade produzida, pois não incorporará uma perda correspondente à diferença entre o custo marginal (superior) e o ingresso marginal (inferior). Acrescente-se que se, em um mercado de concorrência perfeita, nenhuma empresa pode influenciar,

40 Normalmente, supõe-se que a rentabilidade dos fatores é decrescente, após certo ponto do processo produtivo, pois, aumentando-se a quantidade empregada de um insumo e mantida constante a quantidade dos demais, há um decréscimo na produtividade daquele. Imagine-se, por exemplo, uma quantidade fixa de terra, onde para se produzir hortaliças, é necessário o emprego do insumo trabalho. Cada trabalhador empregado na lavoura representará um acréscimo de produção. No entanto, a partir de determinado ponto do processo, a produção acrescida pelo emprego de um novo trabalhador se reduzirá, até seu limite, onde será inútil acrescentar-se novos trabalhadores. Assim, como, nestes termos, a rentabilidade do insumo é decrescente, se o produtor rural não optar por adquirir mais terra, o aumento de sua produção até onde for possível, com a utilização de mais horas de trabalho, implicará em maiores custos em trabalho por hortaliça produzida.

sozinha, nos preços do mercado, o produtor enfrenta uma curva de demanda horizontal, que é igual uma curva de ingresso marginal constante, pois a demanda e o ingresso por unidade não variará com o aumento da produção da empresa. Conclui-se, portanto, a empresa terá maior renda se produzir em um ponto em que o custo marginal seja igual ao ingresso marginal e à demanda.

Em um mercado de concorrência perfeita é possível que, no curto prazo, determinada empresa obtenha renda ou benefícios⁴¹ em sua atividade. No entanto, como não existem barreiras à entrada, no longo prazo, tal renda adicional incentivará novos produtores a ingressar no referido mercado, aumentando a quantidade geral de bens ofertada e, assim, reduzindo os preços, até o ponto em que os ingressos igualem o custo total de produção. A partir de então, não haverá renda ou benefícios. O contrário ocorrerá em caso de um choque de demanda que leve as empresas a sofrerem perdas. Nesse caso, inúmeros empresários deixarão o mercado ou reduzirão sua produção, até o ponto em que, novamente, reduzindo a oferta total do bem e aumentando o preço de equilíbrio do mercado, custo total e ingresso total se igualem, não existindo perdas.

Delineado, de forma bem geral, o funcionamento de um mercado que opera segundo um modelo de concorrência perfeita, cumpre analisar o que ocorreria nesse mercado caso houvessem custos reduzidos ou majorados para algumas empresas, em consequência de uma norma tributária que incidisse diferentemente para, apenas, alguns (poucos) produtores.

Caso determinados empresários obtenham decisões judiciais favoráveis, transitadas em julgado, sobre uma questão tributária que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal de forma diversa e tais decisões sejam consideradas imutáveis, devemos esperar uma transferência de riqueza da maioria da sociedade para estes poucos beneficiados. É que, neste caso, aqueles beneficiados por tais decisões produzirão com custos menores que os demais, sem, no entanto, afetar significativamente os preços dos produtos, obtendo, assim, um benefício ou lucro adicional, decorrente de fatores alheios às qualidades tradicionalmente recompensadas por mercados livres (eficiência, inovação, prestação de serviços socialmente desejados). Além do mais, estes produtores, sem

41 É relevante destacar que, em economia, o conceito de renda ou benefício é algo diferente do conceito contábil. Não se trata, apenas, da diferença entre o custo pecuniário total de produção e o ingresso total gerado pela venda do produto, mas se trata de um conceito vinculado à ideia de custo de oportunidade. Renda, para o economista, é a diferença positiva entre o que determinado empresário obtém do investimento de seus recursos em uma dada atividade produtiva e o que poderia obter no melhor emprego alternativo dos referidos recursos. Assim, dizer que determinado investimento produz benefícios ou rendas iguais a zero, não quer dizer que não exista lucro, mas, apenas, que o empresário obterá o mesmo retorno pecuniário empregando seus recursos na melhor atividade alternativa. É uma situação de equilíbrio existente nos modelos microeconômicos clássicos.

contribuir para o funcionamento do Estado, lograrão obter as mesmas utilidades que os demais, decorrentes dos serviços públicos prestados (por exemplo, exercício do poder de polícia, manutenção de um aparato judiciário, existência de um serviço de relações exteriores, política industrial, política de comércio exterior, política agrária, financiamentos subsidiados, efeitos difusos positivos da expansão da rede de ensino público sobre a produtividade da mão de obra, etc). Assim, o efeito predominante, aqui, é a transferência de renda da sociedade para os produtores especialmente beneficiados, muito embora não se possa desprezar, também, a possibilidade de se verificar alguma perda social decorrente dos incentivos para o incremento de investimentos na atividade de “busca de rendas” ou “*rent seeking*”⁴², necessários para a obtenção e preservação das vantagens produzidas por tal regramento particular e permanente.

Caso ocorra o contrário, ou seja, algumas empresas, participantes de um mercado de concorrência perfeita, obtenham decisões judiciais desfavoráveis em contraste com a generalidade das demais, que obtiveram decisões judiciais favoráveis, aquelas empresas sofreriam perdas, podendo ser obrigadas a deixar o mercado ou a suportar estas, mantendo-se em atividade⁴³ com lucros reduzidos. Além de representar um óbice ao livre exercício de atividade econômica, contrariando, portanto, o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal de 1988, tal tratamento diferenciado representaria uma transferência de renda em sentido contrário ao apontado acima: de algumas empresas e pessoas isoladas, para a generalidade da sociedade.

Observe-se que, como cada empresário tem uma capacidade de produção ínfima em relação à demanda do bem, seu comportamento não alterará o preço de equilíbrio do mercado, que será dado pela interação desta demanda e da oferta conjunta de todos produtores. Assim sendo, tanto a regra que conferir um benefício fiscal isolado a determinados agentes,

42 A expressão, em teoria econômica, refere-se à tentativa do empresário em obter receitas adicionais com a tentativa de manipulação do ambiente político ou social no lugar de obter tentar obtê-las com ganhos de eficiência ou produtividade, que gerem benefícios para o consumidor. Os investimentos em *rent seeking* são considerados não produtivos.

43 Observe-se que, consoante já esclarecemos, a existência de perdas econômicas não importa, necessariamente, na existência de prejuízos contábeis, mas apenas na existência de investimento alternativo com rentabilidade superior. Assim, é possível que, nos afastando um pouco do modelo sem fricções e idealizado da concorrência perfeita, algumas empresas optem por permanecer no mercado, mesmo sofrendo tais perdas, quer por gerar para seu proprietário algum benefício de natureza não pecuniária (como, por exemplo, o gosto ou prazer de desempenhar determinada atividade), quer por não haver informações adequadas para o capitalista sobre o melhor emprego para seus recursos. É possível, ainda, que permanecer na atividade seja a melhor solução mesmo para um empresário indiferente quanto às alternativas e dotado de informação perfeita sobre os mercados, em face da existência de custos incorridos dos investimentos já realizados, não recuperáveis.

como aquela que lhes impuser um encargo diferenciado, possuirão impacto exclusivo na rentabilidade do negócio atingido. A existência de um status jurídico-tributário diferenciado, em decorrência da coisa julgada, não produz quaisquer impactos nos preços pagos pelo consumidor, em um mercado retratado por um modelo estático de concorrência perfeita.⁴⁴

Como se pode concluir do que expusemos até agora, em um mercado onde existe concorrência perfeita, ironicamente, a competição entre as empresas é, apenas, indireta. A cada agente não importa o comportamento de seu concorrente, mas, apenas, sua própria função de custos e o preço fixado pela demanda existente pelo bem que produz. Todo o resto é desconsiderado. Uma hipótese que melhor retrata a interação entre agentes que disputam um mercado é o oligopólio. No modelo do oligopólio supõe-se que: i) poucas empresas produzem bens homogêneos (na realidade, existe diferenciação dos produtos, no entanto, para o modelo, supõe-se que tal diferenciação é irrelevante, ante a alta possibilidade de substituir-se o produto de uma empresa pelo da de outra); ii) as empresas adquirem insumos em um mercado de concorrência perfeita; iii) as empresas são independentes, mas a decisão de cada uma, no mercado, dependem das decisões da outra, sendo, sob esse aspecto, interdependentes.

Existem vários modelos, mais ou menos complexos, que buscam descrever o comportamento dos agentes em um mercado oligopólico, cada um enfocando em parte específica do problema. Aqui, para conferir maior simplicidade ao tratamento da matéria, nos limitaremos a dar uma ideia geral do funcionamento desse tipo de mercado e das consequências da existência de custos diferenciados sobre a ação e os ganhos das empresas.

Os modelos que buscam descrever o comportamento de empresas em um mercado oligopólico competitivo, não cartelizado, preveem que os participantes fixarão preços e quantidades após analisar o comportamento das demais empresas e a demanda disponível. Assim, no caso mais simples, em que competem duas empresas, uma determinada empresa A, decidirá quanto e a que preço produzirá, após observar o comportamento de sua concorrente, a empresa B e a demanda pelo bem produzido. Por sua vez, a empresa B, observando o comportamento da empresa A, reagirá, com novas decisões

44 Pode-se afirmar, todavia, que se houver ampla disseminação de sentenças declaratórias produzindo coisas julgadas inconstitucionais em matéria tributária, é pertinente supor que haja impacto no preço do produto, colocando em perigo a própria subsistência do nosso mercado de concorrência perfeita. Isso porque a existência de custos diferenciados, mesmo que reduzidos, para um grande número de agentes, pode representar efetiva barreira à entrada de novas empresas naquela atividade produtiva.

que majorem seu lucro. Após este ajuste, se seguirá nova ação da empresa A e assim por diante, até que se chegue a um ponto de equilíbrio onde, tendo em vista as ações da empresa B, a melhor decisão da empresa A é manter seu nível de produção atual e os preços já fixados, assim como, também para a empresa B, não é conveniente modificar sua conduta, tendo em vista as ações da empresa A. Em tal equilíbrio, os preços praticados no mercado seriam maiores que aqueles vigentes em um mercado de livre concorrência e menores que aqueles praticados em um mercado monopolizado.

Nesse caso, na hipótese de uma decisão que conferisse um *status* privilegiado a uma dessas empresas, a beneficiada poderia tomar uma de duas decisões: i) manter sua conduta atual, consistente com o equilíbrio alcançado, aumentando sua rentabilidade em função da redução de custos do empreendimento; ii) reduzir levemente, seus preços, buscando abocanhar parte do mercado de sua concorrente e, assim, majorar, mais ainda, seus lucros totais (supõe-se que, após reações e contrarreações das empresas concorrentes, um novo equilíbrio seja alcançado, possivelmente, mas não necessariamente⁴⁵, num nível de preços mais baixo), ou; iii) utilizar a vantagem de sua função de custos para expulsar a concorrente e tornar-se monopolista no mercado, cobrando, afinal, preços mais altos. Caso o contrário ocorra, isto é, uma das empresas seja prejudicada por uma decisão desfavorável, aumentando seus custos artificialmente, é possível que se veja um processo inverso ocorrendo, podendo o empresário adotar uma das seguintes decisões: i) absorver os custos integrais do aumento, mantendo preços e quantidades; ii) aumentar seus preços em parte e renunciar a parcela do mercado ou iii) deixar o mercado e cessar suas atividades.

Assim, resta claro que as consequências da imutabilidade de uma legislação tributária não uniforme, decorrente de decisão transitada em julgado, contrária a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um mercado com poucos competidores, serão as seguintes: haverá uma transferência de riqueza da sociedade para a empresa beneficiada, uma vez que os consumidores não se beneficiarão, integralmente, da redução dos custos desta; a empresa concorrente, prejudicada por decisão anômala desfavorável, terá sua

45 A reação da empresa concorrente à redução de preços promovida pela empresa beneficiada pode consistir num aumento de seus preços, para compensar a perda de mercado decorrente da ação anterior. Isso porque a empresa concorrente pode perceber que, mesmo que a empresa beneficiada venda toda sua produção, esta não será capaz de ofertar bens que atendam integralmente a demanda do mercado, seja por limitações de sua capacidade instalada, seja por não desejar possuir uma posição dominante exagerada, o que poderia lhe acarretar sanções promovidas pelos órgãos de defesa da concorrência. Assim, o movimento de preços de ambas as empresas dependerá das características específicas de cada mercado e da legislação vigente.

margem de lucro reduzida, por fator completamente alheio aos méritos das ações atinentes à condução do negócio; haverá uma pressão de criação de um monopólio decorrente da vantagem obtida pela decisão judicial, dada a possibilidade de expulsão dos concorrentes do mercado e da referida vantagem consistir em potencial barreira a entrada de novos competidores, derivados do exercício de sua posição dominante⁴⁶.

Afinal, pode-se considerar que, em mercados de qualquer tipo, a existência de vantagens ou desvantagens aleatórias atinentes à legislação tributária aplicável a seus agentes, representa autêntico incentivo negativo à inovação e ao empreendedorismo. Isso porque uma empresa que tem uma função de custos artificialmente privilegiada em relação às suas competidoras possui reduzidos incentivos para investir em inovação e criação de novos processos produtivos para se manter no mercado, por possuir a capacidade de utilizar sua margem de lucro excedente para “roubar” clientes de eventuais concorrentes inovadores. Além do mais, as empresas competidoras, por sua vez, somente realizarão investimentos cujo retorno esperado seja superior ao seu custo, hipótese que se reduz ante a vantagem obtida pela empresa beneficiada. O prejuízo do consumidor evidencia-se, também, nesse aspecto.

Enfim, a manutenção indefinida de uma regra tributária anti-isonômica, além de promover injusta transferência de renda, causa sérios prejuízos à livre concorrência, reduzindo os seus potenciais benefícios para a maximização da riqueza social. É por esta razão que o Constituinte inscreveu entre os princípios gerais da atividade econômica a “livre concorrência” (art. 170, IV, CF/88) e estabeleceu que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias “que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” se sujeitam “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 170, parágrafo único, III, CF/88). Parece ser pouco provável que uma interpretação que não leve a sério a vontade da Constituição, neste aspecto, gere algum benefício material palpável.

IV – VALORES, PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

A intangibilidade da coisa julgada ampara-se no princípio da segurança jurídica, que se encontra inscrito no mesmo *caput* do art. 5º da Constituição

46 Aumento de preços e ameaças críveis a potenciais competidores entrantes em face da vantagem na função de custos da empresa.

onde está o princípio da igualdade, este insistentemente reafirmado no seu inciso I. A defesa da concepção rígida de coisa julgada considera que, existindo uma colisão de princípios constitucionais entre o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica, este último deve prevalecer, por suas próprias consequências: conferir previsibilidade e calculabilidade para o cidadão. Pouco se fala acerca da justificação de tal ponderação – ou seja, o que determinaria a prevalência de um princípio sobre outro - e do tratamento conferido ao contribuinte não beneficiado, que deveria custear serviços públicos sem que houvesse idêntica contribuição daquele que se encontra em igual situação.

Ricardo Lobo Torres, após destacar o caráter aberto e impreciso da Segurança Jurídica, considera que esta “[...] torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo”.⁴⁷ Em suma, o princípio busca que as pessoas saibam, de antemão, as possíveis consequências de seus atos. Nas palavras de F. A. Hayek, “As leis servem ou deveriam servir para ajudar os indivíduos a elaborar planos de ação cuja execução tenha probabilidades de êxito”.⁴⁸ Nesses termos, a alteração, *a posteriori*, dos efeitos jurídicos de atos passados não só gera insegurança como afronta a liberdade individual, eis que, se estamos sujeitos a um alto grau de incerteza, gerado pela possibilidade de regulação de situações passadas por leis novas, não poderemos escolher racionalmente os meios mais adequados para a realização de seus planos de vida.

Não acreditamos que o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 afronte o princípio da segurança jurídica olhado sob tal enfoque. Primeiro, porque preserva os efeitos produzidos pela sentença transitada em julgado, antes de pronunciamento em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal. Segundo, porque estipula que a autoridade fiscal somente poderá adotar o entendimento vinculado no referido parecer após a divulgação de seus termos aos contribuintes, evitando, portanto, a imposição de multas e penalidades em decorrência de um comportamento que, anteriormente à sua edição, poderia ser visto como aceitável aos olhos do fisco.

O alcance do princípio da segurança jurídica, trazido pelos defensores da intangibilidade dos efeitos de sentenças inconstitucionais transitadas

47 TORRES, R. L. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 168.

48 HAYEK, F. A. Los Fundamentos de la Libertad. Tradução de José Vicente Torrente para o espanhol. Madrid: Unión Editorial, 2008, p. 207. Tradução nossa.

em julgado em relações jurídicas de trato continuado, vai além, entretanto. O que se pretende é a absoluta imutabilidade dos termos em que foi definida uma incidência ou não incidência tributária para um caso particular, independentemente do sentido do pronunciamento superveniente da Corte Suprema para casos semelhantes. Não parece que se possa, de nosso ordenamento jurídico, extrair tal amplitude do princípio da segurança jurídica. Muito embora uma alteração da lei, especialmente em direito tributário, deva resguardar os efeitos dos fatos passados, não há qualquer impedimento para que se regule de forma diversa as relações jurídicas até então existentes, atribuindo, para o futuro, consequências diversas às ações individuais. É o que faz o legislador. Da mesma forma, conforme defende o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, quando o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, confirma ou afasta o suporte legal de relações jurídicas, objeto de decisões transitadas em julgado, limita-se a apontar para o futuro. Assim, o princípio da segurança jurídica não apresenta qualquer óbice ao entendimento analisado, pois considerar que a eficácia de uma sentença proferida encontra-se sujeita à decisão final sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei que lhe deu suporte, não implica atacar os efeitos *anteriores* da coisa julgada, nem impõe ao contribuinte uma situação de incerteza quanto aos efeitos jurídicos dos fatos geradores *já ocorridos*. Evidentemente, o cidadão poderá reavaliar suas decisões e refazer seus planos, levando em consideração a superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal que subtraiu o suporte jurídico que sustentava a coisa julgada que lhe foi favorável ou desfavorável.

O que resulta do que afirmamos acima é que o princípio da segurança e o princípio da igualdade, antes se autorreforçam do que se contradizem. O atributo de generalidade das leis confere ao cidadão uma garantia de que seus direitos não serão arbitrariamente violados e indiscriminadamente desconsiderados. A vedação à existência de privilégios e tratamentos especiais, desprovidos de fundamento ético adequado, obsta a redistribuição de bens e direitos para pessoas que estejam em posição de influenciar, em seu benefício, as decisões do governo, do parlamento e da justiça. Contradição entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade somente poderia ser verificada caso exageremos no conteúdo atribuído a um destes princípios⁴⁹.

49 Se, por um lado, a segurança jurídica extrema, como direito à preservação indefinida de um status jurídico desigual contraria o princípio da igualdade, por outro, a igualdade material absoluta terminaria por afrontar a segurança jurídica, pois resultaria na interferência contínua do Estado no resultado das decisões dos cidadãos, de forma a restabelecer o padrão distributivo adequado. Seria a imposição de um padrão muito mais rígido do que

Observe-se que a tentativa de extrair uma regra genérica e uniforme, que resguarde a aplicação da segurança jurídica extremada, falha não somente na realização de uma teoria de justiça como na tutela a segurança como garantia de previsibilidade do sistema. Imaginemos uma regra geral segundo a qual “todos terão idêntica⁵⁰ probabilidade de receber uma sentença favorável, com um regramento particularizado em relação aos demais”. Por um lado, tal regra não apresenta qualquer critério ou valor que justifique o tratamento desigual que não seja o acaso ou a qualidade dos profissionais que atuaram na causa. Não se pode dizer, portanto, que realize qualquer concepção de justiça ou igualdade. Por outro, o próprio alcance ordenamento jurídico fica indeterminado, pois, além de subsistir a mesmíssima sensação de incerteza quanto à tributação futura - a única certeza sobre a matéria que nós, cidadãos das democracias modernas, temos é que, independentemente de coisa julgada, impostos oscilam -, não se sabe qual a probabilidade, qual a vantagem a ser obtida e quem serão os premiados. Por exemplo, empresário que tenha intenções de entrar ou investir em determinado mercado, não saberá se as condições serão ou permanecerão justas na mesma medida.

Ainda que o princípio da segurança jurídica tivesse o alcance amplíssimo e extremado que refutamos, é de se ressaltar que, em hipotética situação de conflito com o princípio da igualdade, gerada pela existência de coisas julgadas contrárias à Constituição hábeis a romper da uniformidade de nosso ordenamento jurídico, não deveria a segurança jurídica prevalecer.

Em sua notável monografia⁵¹ sobre a aplicação do princípio da igualdade no direito tributário, Marciano Seabra de Godoi considera que o princípio da igualdade deve ser entendido como regra não admitindo ponderação com outros princípios constitucionais⁵². Considera o autor, citando

o de Rawls, criticado por Nozick, pois, ao contrário dos princípios destinados a reger a estrutura básica da sociedade rawlsiana, não haveria, na hipótese, qualquer espaço para planejamento e escolha entre cursos alternativos de ação. Qualquer que fosse a decisão do indivíduo, o resultado seria o mesmo: igualdade material absoluta.

50 Trata-se de uma suposição irrealista, uma vez que aquele que tem maior capacidade de investir recursos em uma demanda judicial, tem maiores probabilidades de êxito.

51 DE GODOI, M. S. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

52 “[...] no caso da igualdade, cremos não ser possível desprezar o mandamento de tratar os ‘indivíduos como iguais, como tendo o mesmo valor’ em nome de algum outro princípio, pois isto implicaria admitir que, pelo menos, naquele caso concreto, determinados indivíduos foram considerados como mais importantes, como dignos de um status civil mais elevado, o que arrasa a nosso ver os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Por isso, pensamos que existe uma faceta da igualdade que se constitui na regra segundo a qual ‘é ordenado tratar os indivíduos como iguais’.” (DE GODOI, M. S. *Ob. cit.* p. 164.)

o princípio da dignidade da pessoa humana, que Alexy, da mesma forma, considera possuir um caráter de regra, que: “não se pergunta se ela precede outras normas e princípios concorrentes, pergunta-se simplesmente se a regra foi descumprida ou não pelo legislador ou outra autoridade, e em caso positivo a norma ou ato normativo é considerado inválido.”⁵³

Trata-se de uma eloquente defesa do princípio da igualdade, mas temos dúvidas se seria necessário caracterizar o princípio da igualdade como regra, para se obter o efeito de pretendido pelo autor. Nos parece que o que existe é certa incomensurabilidade entre o princípio da igualdade e outros princípios de natureza diversa. O princípio da igualdade tem a função servir como guia para a ponderação e harmonização dos demais princípios e regras constitucionais. Até mesmo, no caso da aplicação de uma regra-princípio especialmente relevante, como é o caso da dignidade humana, devemos observar se o conteúdo semântico que desejamos atribuir a tal noção é compatível com sua extensão a todos os demais membros da sociedade⁵⁴ e se possuímos meios materiais para assegurar *igual* tratamento para todos⁵⁵. O próprio Alexy, após insistir, diversas vezes, que “*nos casos concretos*, os princípios

53 DE GODOI, M. S. Ob. cit. p. 164.

54 Luís Roberto Barroso indica que, em uma sociedade moderna a dignidade humana deve, necessariamente, vir acompanhada da igualdade: “Como visto, a dignidade, em uma linha de desenvolvimento semântico que remonta à Antiguidade, era um conceito associado à ideia de classe e hierarquia: o *status* de certas posições sociais e políticas. A dignidade, então, estava vinculada à honra e conferia a alguns indivíduos privilégios e tratamentos especiais. Nesse sentido, a dignidade pressupunha uma sociedade estratificada e denotava nobreza, aristocracia e a condição superior de algumas pessoas sobre outras. Ao longo dos séculos, contudo, com o impulso da religião, da filosofia e da Política, uma ideia diferente foi sendo desenvolvida – a dignidade humana –, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade no universo. Esse é o conceito explorado neste artigo, que está na origem dos direitos humanos, particularmente dos direitos à liberdade e à igualdade.” (A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo, Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 112) Um exemplo de tal conceito arcaico de “dignidade”, desacompanhada do adjetivo “igual”, pode ser encontrado em HOBBS (Leviatã. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 78): “A importância pública de um homem, que é o valor atribuído a ele pela república, é o que os homens vulgarmente chamam DIGNIDADE. E este apreço que a república lhe atribui exprime-se por meio de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para distinguir tal apreço.”

55 Os direitos subjetivos que Alexy extrai do princípio da dignidade humana parecem envolver, principalmente, liberdades negativas, revelando-se plenamente compatíveis com sua universalização. No entanto, se quisermos que a dignidade humana signifique algo mais, envolvendo alguma prestação positiva do Estado, devemos reconhecer que lidamos com um princípio histórico-contingente, não somente quanto a sua existência, mas, também, quanto ao seu conteúdo. Dada a necessidade de igual proteção da dignidade de todos os seres humanos de determinada comunidade, o princípio da dignidade humana não poderia significar a mesma coisa em qualquer tempo ou lugar.

têm pesos *diferentes* e que os princípios com maior peso têm precedência”⁵⁶, somente antevê conflito entre igualdade e igualdade (igualdade jurídica e igualdade fática), ressaltando que o princípio democrático e a liberdade de conformação do legislador impõem limites à opção, pelo julgador, por uma concepção particular de igualdade dentre as possíveis.

É por isso que, no tratamento da matéria, é indispensável ter em mente uma concepção substantiva de justiça: nossa concepção moderna de Estado e sociedade não é regida, apenas, por interesses, oportunidades ou posse de si mesmo, buscamos atribuir, acima de tudo, *igual* peso aos interesses, *igualdade* de oportunidades e *igual* posse de si mesmo. Conforme aponta, Will Kymlicka, inspirado em lição de Dworkin:

Na visão de Dworkin, toda teoria política plausível tem o mesmo valor fundamental que é a igualdade. São todas teorias ‘igualitárias’ (...) Essa sugestão é claramente falsa se compreendermos ‘teoria igualitária’ como teoria que sustenta uma distribuição igual de renda. Mas há outra ideia de igualdade na teoria política, mais abstrata e mais fundamental – a saber, a ideia de tratar as pessoas como ‘iguais’. (...) Uma teoria é igualitária nesse sentido se aceita que os interesses de cada membro da comunidade têm importância igual. Colocando de outra maneira, as teorias igualitárias requerem que o governo trate seus cidadãos com igual consideração; cada cidadão tem direito a interesse e respeito iguais. Essa noção mais básica de igualdade é encontrada tanto no libertarismo de Nozick como no comunismo de Marx (...)”⁵⁷

Destarte, entendemos que o afastamento de uma concepção de igualdade, qualquer que seja ela, em prol de outro princípio qualquer, significa a adoção de parâmetros e padrões de julgamento, diversos dos correntes, que devem ser justificados. Assim, o que devemos nos perguntar não é, apenas, se podemos/devemos relegar a segundo plano o princípio da igualdade no caso concreto, mas se é possível adotar uma teoria de justiça que confira grande peso ao princípio da segurança jurídica em sua versão extremada, a ponto

56 ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 93/94.

57 KIMLICKA W. Filosofia Política Contemporânea. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 5.

de justificar um status jurídico permanente privilegiado ou prejudicial para algumas pessoas e se tal concepção se harmoniza com nosso senso de justiça. Conforme expusemos, nossas intuições e teorias rejeitam tal concepção.

Portanto, se não nos for apresentada uma teoria alternativa, suficientemente forte a ponto de fazer com que reconheçamos o erro de nossas intuições morais – o que parece ser improvável-, não podemos abandoná-las. Fazer isso seria ceder a uma defesa cega da perenidade dos efeitos das sentenças transitadas em julgado inconstitucionais e trocar ideias relevantes por pouco mais do que nada.

V- EVOLUÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS CORRELATOS

Cumpre, então, afinal, realizar breve exame contextualizado dos fundamentos de natureza infraconstitucional que envolvem a matéria. Consoante inicialmente exposto, a interpretação que privilegia a intangibilidade da disciplina prospectiva contida em sentenças transitadas em julgado funda-se na preclusão implícita do artigo 508 do novo Código de Processo Civil, prevista no art. 474 do antigo diploma, a qual tornaria a coisa julgada imune a pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que examinam a própria validade desta lei. Já a posição adotada pela PGFN considera que, por constituir inovação jurídica relevante, a pacificação da questão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, representaria questão não alcançada pelos termos da decisão anteriormente transitada em julgado, conforme assenta o art. 503 do novo Código (antigo art. 468 do CPC de 1973).

Para adotar uma solução mais sólida do que mera opção hermenêutica entre uma solução e outra, justificam-se algumas considerações sobre o desenvolvimento do tratamento conferido à matéria nos últimos anos. É que nossas construções teóricas, jurídicas ou filosóficas, fazem parte do contexto histórico e cultural em que foram elaboradas. Não existe uma teoria de jurídica correta, a-histórica. Uma ideia que pode ter sido adequada em uma circunstância precisa, se harmonizando com os demais elementos de determinado sistema, pode não funcionar em outra.

A questão analisada mostra-nos um exemplo claro desse ponto. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, não admitia que Ações Declaratórias viessem a disciplinar relações jurídicas tributárias que ainda surgiriam em face da ocorrência de fatos geradores futuros (v.g. RE 99.435-1/

MG⁵⁸; RE 114.504/RJ⁵⁹; RE 114.264/SP⁶⁰; em sentido contrário vale mencionar o **RE 107493 ED/SP⁶¹, devendo-se notar, no entanto, a ressalva do Ministro Aldir Passarinho⁶²**, posição similar, em ações anulatórias e embargos à execução, deu origem à Súmula 239 daquele Tribunal⁶³. No entanto, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, um novo entendimento passou a prevalecer. Ilustrativo, sobre tal evolução jurisprudencial, é o acórdão proferido no RESP 719/SP. Ali, o Ministro Carlos Velloso, negava provimento a Recurso Especial, considerando que o Supremo entendia que “a decisão que julga indevido o tributo cobrado em determinado exercício não faz coisa julgada sobre os exercícios ulteriores”, isso com base na lição de Pontes de Miranda, segundo a qual “no que diz respeito ao tempo, a coisa julgada está limitada aos fatos existentes por ocasião do encerramento dos debates” e que os tributos periódicos não geram típica relação jurídica de trato continuado. Após pedir vista, o Ministro Américo Luz proferiu voto-vencedor, argumentando, dentre outros pontos que:

- 58 “ICM. Coisa Julgada. Declaração de Intributabilidade. Súmula 239. A declaração de intributabilidade, NÃO pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”
- 59 “ICM. Isenção. Bacalhau importado de país membro do GATT. Aplicação da Súmula 575. Isenção reconhecida, porém, sem incidência futura, porque, na Ação Declaratória é mister que se prove a existência da Relação Jurídica. Demonstrada a isenção, o contribuinte tem direito a repetição do que indevidamente pagou, condicionada à prova exigida no artigo 166 do Código Tributário Nacional. RE conhecido em parte, e nesta parte, provido.”
- 60 “Recurso extraordinário. ICM. Resíduos de metais, ferro velho e aparas. 2. A sentença em ação declaratória de não tributabilidade do ICM concernente a uma certa relação jurídica tributária, objeto da discussão, não tem o condão de tornar-se aplicável a outras relações tributárias futuras. Art. 469, I, do CPC. 3. Pacificado o entendimento dos tribunais no que concerne à legitimidade do diferimento e à inexistência do direito ao crédito pretendido quando ele ocorre. RTJ 87/324, 95/248, 102/195 e 104/213. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.”
- 61 “Embargos de Declaração. Ação declaratória do direito ao crédito de ICM. Eficácia. Declarada a relação jurídica de isenção do tributo por sentença, torna-se indiscutível o direito da parte. Se o imposto sobre que recai a isenção já foi pago, caba a ação de repetição de indébito. Se não foi, cabe desde logo a escrituração dos respectivos créditos, independentemente de ação condenatória. Nessa hipótese, não há distinguir isenções sobre operações pretéritas ou futuras. Embargos rejeitados.”
- 62 “Trata-se, no caso, de Embargos Declaratórios, que não podem ter efeitos infringentes, conforme, certamente, pretende a Embargante. § Não fosse assim, e observando que não participei da assentada em que o recurso extraordinário foi julgado, faria eu restrições [...] § Ademais, tenho a lembrança de que, em tema de ação declaratória, já foi entendido – penso até que nesta turma – que não seria possível julgá-la procedente para a abrangência de operações futuras, como foi pretendido na hipótese dos autos.”
- 63 “Decisão que declara indevida a cobrança do Imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”

Seria incurial, admitir-se, segundo concebo, que a declaração sentencial sub-examine não se projetasse para o futuro enquanto inalterada a legislação em que ela se baseou, deixando aberta ao fisco a oportunidade para autuar a recorrida pela prática de atos idênticos àqueles examinados, tantas vezes quantas quisesse, obrigando-a, conseqüentemente, a ajuizar tantas ações quantas fossem tais autuações.

Após alguma oscilação (RESP 7478/SP, RESP 92779/MG, RESP 75657/SP), a tese acabou prevalecendo definitivamente.

Com base nas considerações pragmáticas do Ministro Américo Luz, verificamos que, efetivamente, o entendimento clássico não tutelava, adequadamente, a efetividade da prestação jurisdicional, subtraindo eficácia ao inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal. Assim, deixamos de entender que a relação jurídica tributária, pelo menos para fins da propositura de ação declaratória, deveria ser restritamente compreendida como uma relação jurídica que nasce com o fato gerador e se extingue com o pagamento e demais hipóteses previstas no artigo 156 do Código Tributário Nacional. Dado seu caráter iterativo, equiparou-se a relação jurídica tributária a uma relação jurídica de trato sucessivo, usualmente caracterizada pelo “fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação que renasce”⁶⁴.

Assim, se a teoria tradicional, que sustenta a intangibilidade absoluta dos efeitos da sentença transitada em julgado, em face de precedentes do Supremo Tribunal Federal, funcionou bem em um contexto histórico preciso, em que as sentenças voltavam-se para regular o passado, em que as ações declaratórias exigiam a alegação de uma relação jurídica atual e concreta para serem propostas e onde considerávamos adequada uma concepção estrita e individualizada de relação jurídico-tributária, sujeita à ocorrência de cada fato gerador, hoje não dizemos o mesmo. Nossos juristas e nossa necessidade de atribuir maior efetividade aos pronunciamentos judiciais permitiram que evoluíssemos para uma concepção onde as ações declaratórias podem regular relações jurídicas tributárias futuras, argumentando que se trata de (ou são assemelhadas a) uma relação jurídica de trato sucessivo. Algumas das teorias que, antes, eram corretas sobre o conteúdo possível de uma decisão judicial em ações declaratórias em matéria tributária, deixaram de ser. Agindo desta forma, fizemos alterações em nosso vocabulário jurídico que demandam alterações adicionais para que nosso sistema faça sentido, pois, ante esse

64 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 70. V.3.

novo conteúdo possível da sentença em ações declaratórias em matéria tributária, não é possível harmonizar nossa velha concepção de intangibilidade dos efeitos da coisa julgada com o princípio da igualdade.

O desenvolvimento da linguagem aqui exposto segue, basicamente, o consagrado modelo de Thomas Kuhn⁶⁵, voltado para a análise do desenvolvimento histórico da ciência. Quando analisa a incomensurabilidade dos paradigmas científicos, Kuhn afirma: “Dado que os novos paradigmas nascem dos velhos, é comum que incorporem grande parte do vocabulário e do aparato, tanto conceitual como manual, que havia usado antes o paradigma tradicional”, pois “No seio dos novos paradigmas, os velhos termos, conceitos e experimentos entram em novas relações mútuas.”⁶⁶ E, mais adiante, nos dá um exemplo claro:

Consideremos, para tomar outro exemplo, as pessoas que chamavam Copérnico de louco por dizer que a Terra se movia. Não é simplesmente que estivessem equivocadas ou muito equivocadas, pois parte do que queriam dizer com ‘Terra’ implicava uma posição fixa. Sua terra, pelo menos, não se podia mover. Desta forma, a inovação de Copérnico não foi apenas mover a terra, mas envolveu um modo completamente novo de ver os problemas da física e da astronomia, o qual tornava necessário mudar tanto o significado de ‘Terra’ como de ‘movimento’.⁶⁷

65 Em seu clássico “A Estrutura das Revoluções Científicas”. Kuhn ao descrever a história da ciência, elabora o seguinte roteiro: em um estágio de ciência normal, a pesquisa científica segue o paradigma estabelecido, determinada linguagem e crenças compartilhadas pela comunidade cientistas, se avolumando as soluções satisfatórias de problemas, prevalecendo a ilusão de que o conhecimento científico é incremental; no entanto, em determinado momento problemas que não são resolvidos (e nem podem ser) pelos paradigmas vigentes começam a aparecer, neste momento a ciência encontra-se numa situação de crise e os cientistas começam a articular explicações que não se contém no paradigma anteriormente adotado; finalmente, concluindo esse período de competição entre modelos alternativos, a que Kuhn chama de ciência extraordinária, se adota um novo paradigma, capaz de resolver os problemas apresentados e que substitui o paradigma anterior, assim, volta-se à fase da ciência normal. A tese de Kuhn é eminentemente relativista, para ele um paradigma não é mais correto do que outro, mas, apenas, mais útil para resolver determinados tipos de problemas que se apresentam em determinado contexto.

66 KUHN T. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Tradução de Carlos Solís. México: Fondo de Cultura Económica. 2006. p. 265. Tradução nossa.

67 KUHN T. *Ob. cit.*, p. 266.

Não fizemos nenhuma revolução copernicana, mas estamos realizando gradativas adaptações e releituras que demandam adaptações suplementares, para conseguirmos manter a coerência interna e inteligibilidade do nosso ordenamento jurídico. Depois que, em nome da efetividade da prestação jurisdicional, reconhecemos a possibilidade de que sentenças declaratórias disciplinem um futuro indeterminado, depois que aumentamos a força das decisões do Supremo Tribunal Federal, não podemos mais manter nosso velho enfoque sobre a imutabilidade da coisa julgada em tais situações. Isso porque, como afirmamos neste trabalho, não há como proceder desta forma e resguardar verdadeiramente o princípio da igualdade. Agiríamos como loucos, como pareceu Copérnico a seus contemporâneos que desconheciam todas alterações que promovera no sentido das palavras, se disséssemos que realmente levamos a sério a ideia contida na expressão “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁶⁸, assim como a vedação a “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”⁶⁹, e que, ao mesmo tempo, admitimos que, sobre algumas pessoas, incida de forma permanente um regramento jurídico especial, benéfico ou prejudicial, fruto de resultados aleatoriamente anormais de alguns processos judiciais. Agiríamos como loucos porque não estaríamos, apenas, utilizando uma nova maneira de falar que o outro desconhece, mas estaremos fazendo adaptações parciais, sem qualquer preocupação com as novas relações e com os novos significados que daí possam surgir, afirmando a prevalência simultânea de institutos que apresentam clara contradição.

O Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, ao atribuir maior força às decisões do Supremo Tribunal Federal, considerando que representam “novidade jurídica” hábil a funcionar como limite objetivo à coisa julgada, é resultado lógico de evoluções recentes do nosso ordenamento jurídico, da nossa Constituição, da nossa atual concepção de efetividade da prestação jurisdicional e do papel que queremos que a Corte Suprema desempenhe no ordenamento jurídico. Além do mais, serve melhor a nossas intuições morais, teorias de justiça e à eficiência econômica. Neste tema, para garantirmos os velhos valores, como a igualdade e a livre concorrência, em uma nova realidade, precisamos de novos modelos.

68 Art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

69 Art. 150, II, Constituição da República Federativa do Brasil.

VI - CONCLUSÃO

Em suma, no presente caso, buscou-se analisar o conflito entre posições acerca dos efeitos da sentença transitada em julgado, voltada para disciplinar relação jurídica tributária continuativa e contrária a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. A primeira posição, mais conservadora, considera que entendimento afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, não produz quaisquer alterações no suporte jurídico de sentenças transitadas em julgado, devendo estas regular indefinidamente as relações jurídicas ali analisadas. A segunda posição, adotada pelo Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, afirma, em sentido contrário, que a jurisprudência de nossa Corte Constitucional poderá promover tal alteração, da mesma forma que eventual alteração legislativa, deixando de produzir efeitos as decisões voltadas para o futuro que se fundem em suposto diverso.

Analisando nossas intuições de justiça, algumas de nossas teorias de justiça e a resultante ponderação de valores e princípios constitucionais, procuramos demonstrar que é a posição do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, aquela que apresenta maior grau de conformidade com nossa Constituição e com ideias que lhe subjazem. Esclarecemos, também, com breve análise das consequências econômicas da posição tradicional, que obrigações tributárias arbitrariamente diferenciadas geram perdas materiais para nossa sociedade, nos torna mais pobres, além de violar princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

Ao ponderar valores constitucionais e estabelecer pesos entre eles ou ao buscar o sentido das regras inscritas na nossa Constituição, na análise de questões complexas e problemas novos, muitas vezes o instrumental de que dispomos não basta, em que pese a ilusão que possuímos acerca da completude e perfeição de nosso ordenamento jurídico. Os silogismos aos quais estamos habituados, nossos critérios de ponderação, ritos e regras de hermenêutica são insuficientes. Para resolver tais dificuldades, não seria recomendável que partíssemos para algum tipo de voluntarismo, que depositássemos nossa fé em bordões e lugares-comuns ou que nos ancorássemos em alguma fórmula mágica, usualmente utilizada para iludir leigos. Sempre que necessário, devemos buscar auxílio em ramo de conhecimento diverso daquele em que nos habituamos a trabalhar, que nos auxilie a suprir lacunas efetivamente existentes e nos forneça critérios claros de ponderação e decisão, evitando resultados inesperados. Algo que nos ofereça indicações de qual solução realiza nossa concepção de justiça, o projeto de país que queremos e que apresente as soluções satisfatórias aos problemas que enfrentamos. Foi o que tentamos fazer aqui.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

AXELROD, R. A Evolução da Cooperação. Tradução Jucella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 1ª Edição, 2010.

BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo, Belo Horizonte: Editora Forum. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22. Jul. 2016.

DAWKINS. R. O Gene Egoísta. Tradução Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras. 2007

DE GODOI, M. S. Justiça, Igualdade e Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 1999.

DE WAAL, F., The Bonobo and the Atheist: In Search of Humanism Among the Primates, New York: W. W. Norton & Company, 2014.

HAYEK, F. A. Los Fundamentos de la Libertad. Tradução de José Vicente Torrente para o espanhol. Madrid: Unión Editorial, 2008.

HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KUHN T. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Tradução de Carlos Solís. Mexico: Fondo de Cultura Económica. 2006.

LOPES, R. J. Bebês de 15 meses têm senso de justiça. *Folha Online*, São Paulo, 11 out. 2011. *Ciência*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1110201101.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

MANKIWI, N. G. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MILL, S. *Utilitarismo*. Coleção Filosofia-Textos. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. V.3.

RAWLS, J. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Tradução de Albino Santos Mosquera para o espanhol. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2009. p. 27-28. Tradução nossa.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 33.

ROBINSON, P. H., KURZABAN, R. e JONES, O. D., *The Origins of Shared Intuitions of Justice*, *Vanderbilt Law Review*, November 2007, Vol. 60, Number 6, p. 1670/1671. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952726> Acesso em: 28 mar. 2009.

RORTY, R., *Verdade e Progresso*. Tradução Denise R. Sales. Barueri: Manole, 1ª Edição, 2005.

SCHIMIDT, M. F. H.; SOMMERVILLE, J. A., Fairness Expectations and Altruistic Sharing in 15- Month-Old Infants. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0023223>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

TORRES, R. L. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.