COISA JULGADA, LIMITES E RELATIVIZAÇÃO: O CASO
METABEL E O RE N.º 590.809 EM FACE DOS NOVOS
PARADIGMAS PROCESSUAIS E FILOSÓFICOS.

Bianor Arruda¹

Introdução

Na coleção “O Bairro”, o aclamado escritor angolano Gonçalo M. Tavares, apresenta-nos um **bairro fantástico** no qual são vizinhos **gênios de várias áreas do pensamento humano**, como o escritor e ensaísta britânico T.S. Eliot, o poeta francês Paul Valéry, o jornalista e romancista italiano Ítalo Calvino, o dramaturgo alemão Bertold Brecht, o poeta belga Henri Michaux, o teólogo sueco precursor do espiritismo Emanuel Swendenborg, o escritor surrealista francês André Breton entre outros.

Certo dia, Ítalo Calvino, autor de “**As cidades invisíveis**”, ou melhor, o fictício **Senhor Calvino** imaginado por Gonçalo M. Tavares, discute acaloradamente com um certo **Senhor Duchamp** acerca das **regras** mínimas necessárias para reger **determinada partida que haviam acabado de concluir**, ou seja, ambos discutiam, de forma **surreal**, quais regras deveriam **reger o passado** e, assim, determinar o vencedor:

1. Juiz Federal. Professor do IBET. Mestre e Doutor pela PUC/SP Ex-procurador da Fazenda Nacional

Como não haviam definido as regras, a coisa não estava clara:

– Precisamos de definir as regras para saber quem ganhou, se eu, se o senhor..

– disse o senhor Duchamp a Calvino, recolhidas que estavam já todas as peças e o jogo concluído.

– Mas agora, depois de termos jogado?

– Têm de existir regras... – insistiu o senhor Duchamp – para sabermos quem venceu.

– Mas agora quem define as regras? – questionou Calvino.

– Você ou... eu.

– Então... eu ou você?

– Você começa – propôs o senhor Duchamp –, depois eu termino.

– Não – ripostou Calvino. – Você começa; cada um formula alternadamente uma regra, e eu... defino a última.

– Aceito. Dez?

– Dez regras.

Começaram então, em alternância, a formular regras para o jogo que já haviam jogado, cada um tentando definir o jogo capaz de o fazer, embora a posteriori, vencedor.

A **disputa** entre o Senhor Calvino e o Senhor Duchamp é extremamente interessante, porque chama a atenção para um aspecto do direito nem sempre posto de forma clara: no ordenamento jurídico, há normas que servem para **tutelar o futuro**, mas também há outras cuja missão é justamente o contrário, qual seja: **tutelar o passado**.

As normas cujo objetivo é, em regra, **tutelar o futuro**, são aquelas **postas pelo Poder Legislativo** e, em alguns casos, pelo **Poder Executivo**, desde a Constituição até os atos administrativos normativos. Ordinariamente, essas normas destinam-se apenas a **reger o futuro**, nunca o passado, sendo a **retroatividade**, na grande maioria dos casos, **especialmente no Direito Tributário**, peremptoriamente **proibida**, nos

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

termos do art. 150, III, “a”, da CR/88. São os seguintes os tipos de retroatividade:²

- a) retroatividade máxima – a lei retroagiria, alcançando situações jurídicas já consolidadas no tempo, com desrespeito ao **direito adquirido**, à **coisa julgada** e ao **ato jurídico perfeito**;
- b) retroatividade média – a lei retroagiria, alcançando situações jurídicas iniciadas sob o pálio de uma lei antiga, **mas ainda não consolidadas no tempo**;
- c) retroatividade mínima – a lei retroagiria alcançando **apenas os efeitos futuros de uma situação jurídica consolidada sob o pálio de uma lei antiga**.

Por outro lado, como dito, existem normas que se destinam justamente ao objetivo oposto: **tutelar o passado**. São as **normas individuais e concretas**, ou mesmo **gerais e abstratas**, estas no caso do controle abstrato de constitucionalidade, produzidas pelo **Poder Judiciário**, desde o **juiz** mais simples da mais remota comarca do Brasil até o **Supremo Tribunal Federal**.

Assim, enquanto as normas postas pelo **Poder Legislativo** são postas no **presente** e destinam-se a **reger o futuro**, as normas postas pelo **Poder Judiciário** são postas no **presente**, porém destinam-se a **reger o passado**. Enquanto as primeiras, portanto, **não retroagem por força da Constituição**, as segundas o fazem, também **por força da Constituição**, porém sob a perspectivas de estarem operando a partir de **critérios legais vigentes já ao tempo do fato jurídico e da relação jurídica**, ambos descritos pelas partes através das questões jurídicas apresentadas no processo para serem decididas.

Em suma, se, para as normas postas pelo Poder Legislativo para reger o futuro, **a regra geral** é a não retroatividade,

2. Classificação exposta pelo em. Professor e Ministro José Carlos Moreira Alves, por ocasião da emblemática ADI n.º 493, julgada no dia 25 de junho de 1992, e cujo objeto eram artigos da fatídica Lei n.º 8.177/91, a Lei do Plano Collor II, a qual impunha efeitos retroativos financeiros e econômicos tanto sobre contratos, públicos e privados, quanto sobre obrigações tributárias.

para as normas postas pelo Poder Judiciário para reger o passado, **a regra é a não retroatividade dos critérios legais utilizados para a construção da norma jurídica de decisão.**

Para garantir a **sustentação dessa estrutura**, as normas oriundas do legislador somente podem ser alteradas por outras **normas de igual hierarquia e competência provenientes desse mesmo legislador**, enquanto as normas oriundas dos juízes e tribunais, por sua vez, somente podem ser alteradas por outros **juízes e tribunais de maior hierarquia, através do sistema recursal**. As primeiras apenas se tornam imutáveis pelo **mecanismo de imunidades** próprio do sistema ou ordenamento, de modo que norma **vige até que outra a modifique ou a revogue** (art. 2.º da Lei n.º 4.657/42). Segundo essa sistemática normas de menor hierarquia não alteram normas de maior hierarquia, normas gerais não alteram normas especiais e normas anteriores não alteram normas posteriores. Por sua vez, **as segundas tornam-se imutáveis pelo fenômeno da coisa julgada.**

Posto nestes termos, o tema aparece claro e, acredito, **não passível de teses contrárias**, salvo mediante a defesa da **quebra da segurança jurídica, do sacrifício da manutenção das expectativas**, bem como da **subversão da estrutura do ordenamento jurídico** e também da **estrutura dos poderes de Estado** e, última análise, dos próprios **direitos fundamentais**.

Entretanto, o CPC de 2015, em seu artigo 525, §15, **ignorando** toda essa **estrutura logicamente construída**, simplesmente autoriza que a **coisa julgada seja dissolvida** quando fundada em texto de lei **considerado, posteriormente, inconstitucional** pelo Supremo Tribunal Federal, seja em sede de **controle difuso** ou controle **concentrado** de constitucionalidade: “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.”

Por sua vez, o art. 525, §12, do CPC, que trata dos casos da inexigibilidade do título executivo judicial, deve ser analisado de maneira a que **sua interpretação não gere o mesmo efeito deletério do §15 acima mencionado.**

Neste texto, tentaremos apresentar fundamentos jurídicos para demonstrar a **inconstitucionalidade** da referida norma constante do §15 acima citado, bem como sua incompatibilidade com o “**desenho institucional do Poder Judiciário**” e o “**sistema de controle de constitucionalidade**” adotado por nossa Constituição, o que será feito, especialmente, no contexto do **universo do Direito Tributário.**

1. As normas jurídicas criadas pelo poder judiciário integram o sistema ou o ordenamento jurídico

É comum a ideia, presente no senso comum do jurista, no sentido de que, ao exercerem suas funções, o que os juízes fazem é “**aplicar a lei com justiça**”. Também está no senso comum do jurista a ideia de que a **lei**, por sua vez, é encontrada em um vasto conjunto de **normas** a que se dá o nome de **ordenamento jurídico**, que seria organizado de forma hierárquica, com estrutura piramidal e no qual as normas inferiores retirariam seu fundamento de validade das normas superiores. Esta imagem representa a realidade para boa parte dos operadores jurídicos.

Todavia, o que os juízes e tribunais de fato fazem, de forma consciente ou inconsciente, não é “aplicar a lei com justiça”, mas **criar leis novas** em cuja composição entram suas concepções **morais**, além de suas **crenças, valores, opiniões políticas** e, muitas vezes, até **afetos**. Nesse sentido, os juízes são como **legisladores**.

Trabalhar com essa ideia do **senso-comum do jurista**, ou seja, com esse universo ou ‘sistema de referência’ leva à **ilusão** de que determinado **ordenamento jurídico** seja **definível** e com **quantidade conhecida de normas**, por mais abundantes

que elas sejam. Seria como se as normas postas pelo legislador tivessem **vida própria** e **saltassem dos códigos para a vida social**, ou seja, para dentro dos contratos e negócios jurídicos em geral, bem como para dentro dos atos administrativos e dos processos e decisões judiciais, operando seus efeitos. Os juízes seriam, assim, apenas os **porta-vozes das leis**, já que estas, como dito, seriam autossuficientes, o que se refletiria no fato de serem dotadas de **vontade própria, teleologia própria, lógica própria, história própria** e um **sentido próprio**, certo, correto e, enfim, único. Juiz bom, portanto, **seria aquele capaz de descobri-lo**. A repetição do adjetivo próprio/própria, aqui, é **proposital**, para indicar que os **métodos tradicionais** de hermenêutica (teleológico, gramatical, lógico, sistemático etc.), ainda largamente utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira, **no limite, não fazem sentido**,³ porque são capazes **apenas de revelar a vontade do próprio julgador**.

Ainda no século XX, a mente poderosa de Hans Kelsen demonstrou que as normas postas pelo legislador **não se confundem com as normas criadas**, a partir delas, pelo julgador, de sorte que o ordenamento jurídico não seria apresentado de forma tão exata, já que formado por um número **infinito** e **desconhecido** de normas jurídicas:⁴ todas as normas postas pelo Estado, através do legislador, aí incluída a Constituição, mais todas as normas passadas e presentes postas pelos juízes e tribunais. Em uma palavra: o ordenamento jurídico agora **seria incomensurável**, especialmente porque, como Kelsen concluiu, a **vontade do julgador** seria elemento decisivo na construção das normas postas pelo Poder Judiciário.

Em Kelsen, a razão para essa diferença entre a norma do legislador e a norma do julgador reside em uma constatação irrefutável: **a linguagem humana é demasiado limitada**.

3. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

4. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Em sendo assim, (i) por mais que o legislador apresente normas detalhadas, **elas nunca serão suficientes** para abarcar os fatos da vida e, portanto, as lides, em toda a sua extensão, variação e complexidade. De outro lado, pela mesma razão da citada limitação, a linguagem humana, (ii) por mais culta que seja, **está quase sempre cheia de termos vagos, ambíguos e [porosos]**, os quais, quando lidos e contextualizados por julgadores diversos, de épocas diversas e diante de casos diversos, muito frequentemente, dão origem a normas jurídicas variadas, diferentes entre si, e, por vezes, **muito distantes daquilo que imaginou o legislador**, o primeiro a positiva-la. Dessa maneira, o texto da lei é capaz de fornecer ao juiz, na maior parte dos casos, apenas uma **moldura**, dentro da qual ele decide com boa dose de **voluntarismo**. Assim, entre o texto da norma e a norma jurídica o que existe é um **processo interpretativo de construção do sentido da norma pelo juiz**.

Kelsen chega a dizer que “a jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação **não só a determinação da moldura** para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função”, qual seja, “a interpretação deveria desenvolver um método que **tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada**”⁵. Ele, no entanto, diz que essa tarefa é **impossível**, pois a interpretação não é, como se crê, um ato puramente intelectual de clarificação e compreensão, levado a termo pelo juiz a partir do uso de sua razão e raciocínio, mas, ao contrário, **um ato que combina atividade intelectual com o exercício da vontade**.

5. “Só que, de um ponto de vista orientado para o direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.391).

O avanço dos estudos da lógica da linguagem, também conhecida como **semiótica**, prova essa tese de forma irretorquível, pois demonstra que suporte físico (texto da lei), significante (padrão associado a determinado signo) e significado (definição de sentido pelo intérprete) compõem um **complexo percurso gerador de sentido**⁶ que, de tão sujeito a diversas variáveis, como crenças, valores, opiniões e afetos, requer **extremo cuidado para ser uniformizado**, especialmente diante da nossa tradição voluntarista e das exigências constante dos arts. 926 e 927 do CPC.

Por outro lado, o avanço dos estudos em Filosofia do Direito, Hermenêutica e Teoria da Argumentação, sem negar essa realidade difusa quanto ao conteúdo dos ordenamentos jurídicos, **desenvolveram formas de racionalização do direito com o propósito de limitar e objetivar essa atividade, digamos, legislativa do Poder Judiciário**, negando veementemente o **voluntarismo judicial**⁷ tido por Kelsen como incontornável, tudo em nome de valores políticos, relacionados à constituição do Estado de Direito, como por exemplo, a legitimidade democrática, a legalidade e, sobretudo, a estabilidade, a previsibilidade e a coerência das regras do jogo, corolários de um dos princípios mais caros aos imperativos da “lei e da ordem”: a segurança jurídica.

6. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013.

7. Nesse sentido, mas com diferentes concepções de norma, ordenamento jurídico e soluções para o voluntarismo, conferir: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

Para que o sistema funcione **adequadamente**, ou seja, de forma **minimamente previsível**, é necessário que haja **algum controle no processo decisório** empreendido pelo Poder Judiciário, porquanto, como visto acima, **trata-se de verdadeira atividade legiferante**, somente legítima se **atenta aos parâmetros político-jurídicos acima enumerados**.

No Brasil, contudo, quando um advogado é consultado por contribuinte aflito em relação à incerteza quanto a determinada incidência tributária, cuja **litigiosidade é inevitável** e cujo potencial para arruinar a saúde financeira de sua empresa é evidente, se a **questão jurídica é nova**, ele se comporta muito mais como um **profeta** do que como um **especialista no tema**, muito embora possa estar **seguro** quanto à legislação aplicável e aos procedimentos administrativos e judiciários a serem seguidos.

Por mais que o advogado conheça bem a **teia de normas gerais e abstratas potencialmente aplicáveis**, aí incluídos os princípios e as regras constitucionais, é somente na qualidade de **vate** que ele consegue, de forma heurística, ou seja, a partir de estimativas e vieses, apresentar os **possíveis** resultados da decisão judicial em primeira instância, o **provável** entendimento do tribunal de apelação, o grau de **sensibilidade ao tema** por parte do STJ e, se o caso envolver questão constitucional, **quais poderão ser as eventuais posturas do STF sobre a matéria**.

De um lance, se percebe que assim ocorre porque, muito provavelmente, **até que se construa a derradeira norma individual e concreta** a definir o **fato jurídico em sentido estrito**, a **relação jurídico-tributário** e, pois, a **resolução do conflito**, ocorrerá um complexo, duradouro e imprevisível **processo de positivação da norma jurídica**, no qual se observará declarações de inconstitucionalidade, votos vencidos, recursos trancados, decisões agravadas, recursos admitidos e, muito provavelmente, algumas unidades de embargos de declaração.

Não é exagero dizer que no direito brasileiro já estamos até acostumados, embora possamos **não estar conformados com este “estado de coisas”**, para empregar certa expressão ao gosto de alguns constitucionalistas latino-americanos (vide o conceito de ECI empregado na ADPF n.º 347).

Assim, a reflexão é: a) que **posição** ocuparia, no ordenamento jurídico, as normas individuais e concretas editadas pelos juízes e tribunais? b) que tipo de **retroatividade** (mínima, média, máxima) o desrespeito à coisa julgada implica? c) poderia a ação rescisória **flexibilizar a coisa julgada ou a irretroatividade das normas jurídicas**, em nome da estabilidade, da coerência e da integridade da jurisprudência, bem como em nome da força dos precedentes?

2. Um caso paradigmático: Advogados são como profetas ou vates

No dia **07/03/2003**, a METABEL - Indústria Metalúrgica LTDA, ajuizou, perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, demanda cuja pretensão era o aproveitamento de créditos do IPI, oriundos da aquisição de insumos NT (material de embalagem, matéria-prima e produtos intermediários), ou seja, isentos, imunes, não tributados ou com alíquota zero.

Na primeira instância, a **sentença**, proferida no dia **03/10/2003**, foi de improcedência. No âmbito do Tribunal de Apelação, no dia **02/03/2004**, o caso foi **revertido em favor do contribuinte** e o direito ao aproveitamento dos créditos escriturais acima referidos foi acolhido. Houve **recurso especial e extraordinário**, porém, como não foram admitidos, **houve o trânsito em julgado** e a baixa do feito para a primeira instância, para cumprimento do julgado. Em razão de agravos interpostos na tentativa de forçar a admissão dos dois recursos de natureza extraordinária não admitidos na origem, a intimação para que o contribuinte requeresse o **cumprimento do julgado** somente ocorreu em **25/01/2007**.

Todavia, de forma tenaz, a PGFN, não se dando por vencida, no dia **08/02/2007**, ajuizou **ação rescisória** perante o Tribunal de Apelação, sob o fundamento de ofensa à literal dispositivo legal, nos termos do art. 485, V, do CPC de 1973. No caso, não somente houve **provimento** da demanda, como houve a concessão de **tutela antecipada liminar**, para impedir o cumprimento do julgado.

Em sua defesa, o contribuinte argumentou que **não seria possível** se falar em violação à literal dispositivo de lei, uma vez que a matéria, desde, pelo menos 1998, era **extremamente controvertida no âmbito da Justiça Federal**, tanto de **primeiro**, quanto de **segundo grau**, sendo controvertida, inclusive, no âmbito do próprio STF, de modo que aplicável o entendimento sedimentado no enunciado da **Súmula 343** da mencionada Corte: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” Não custa lembrar que esse entendimento foi sumulado no dia **13/12/1963**.

Não ocasião, o TRF da 4.^a Região entendeu que, embora fosse o caso de se reconhecer a **controvérsia na interpretação da lei federal tributária em discussão**, não seria o caso de se acolher o argumento e aplicar o entendimento consagrado na Súmula n.º 343. A razão do acolhimento é **sintomática** e bem demonstra a **visão do ordenamento jurídico** ainda mantida por muitos: “Não se aplica ao caso vertente a orientação contida na Súmula n.º 343 do STF, uma vez que está pacificado pela Súmula n.º 63 deste Tribunal Regional Federal ser inaplicável aquele enunciado nas ações rescisórias versando matéria constitucional.” A **razão fundamental** é a seguinte: se a controvérsia se resolve, no âmbito do STF, no sentido da inconstitucionalidade de determinada lei, a qual, portanto, é expurgada do ordenamento jurídico, **toda e qualquer decisão nela fundada**, não importa se tornada imutável pela coisa julgada, **torna-se carente de fundamento legal**, de modo que não pode subsistir.

A tese parece sedutora, porém **não é fácil** admitir que o **expurgo da norma declarada inconstitucional** possa infirmar as relações jurídicas **estabilizadas a partir de decisão tomada com base nela e transitada em julgado**. Ainda mais levando-se em conta o grau de **controvérsia** a que a matéria estava submetida. Além disso, é importante mencionar que o **efeito vinculante**, próprio dos recursos repetitivos, entre outros aspectos incorporados pelo controle de constitucionalidade concreto no Brasil, está, cada vez mais, **a aproximar seus efeitos daqueles observados no controle abstrato**.

Para se ter uma ideia do **grau de controvérsia** dessa matéria tributária, o STF, no dia **05/03/1998**, nos autos do RE n.º 212.484, entendeu devido o aproveitamento dos créditos nos casos de insumos isentos, ao passo que, no dia **18/12/2003**, concluiu pelo aproveitamento nos casos de insumos sujeitos à alíquota zero, bem como insumos não tributados: RE n.º 350.446, RE n.º 353.668 e RE n.º 357.277. Por fim, no dia **25/06/2007**, o STF reviu seu posicionamento quanto aos insumos não tributos e sujeitos à alíquota zero. Mesmo diante desse “**overruling**” e apesar da proposta apresentada pelo Ministro Lewandowski, no sentido da **modulação** dos efeitos dessa mudança paradigmática, **esta não foi acolhida. Não é preciso muito esforço para imaginar a quantidade de sentenças e acórdãos em diversos sentidos no espaço desses 10 ou 15 anos em que essa temática foi imensamente discutida perante a Justiça Federal**.

Sensível a esta questão, o STF, no dia **23/10/2014**, apreciando recurso extraordinário interposto contra a citada ação rescisória julgada pelo TRF da 4.^a Região, entendeu que, sim, **seria o caso de se aplicar o entendimento há décadas firmado** no enunciado da Súmula 343, não importando se a controvérsia **envolvia, ou não, norma constitucional**: “Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação

da norma constitucional. [...] A verdade é que, diante do quadro decisório revelado até então, o acórdão rescindendo não pode ser visto como a violar a lei, mas como a resultar da interpretação possível segundo manifestações do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.”

Não sendo assim, selar-se-ia a **institucionalização da retroatividade máxima** das normas jurídicas no Brasil, ou seja, para atingir situações consolidadas. Vê-se que, por vezes, é preciso que os advogados sejam mesmo bons profetas e os contribuintes muito pacientes.

Todavia, esta discussão perante o STF, levada a termo com base no CPC anterior, **não foi suficiente** para demover o legislador a incluir o já citado art. 525, §15, trazendo novo retrocesso ao tema do **(des)respeito à coisa julgada**.

3. O lugar no ordenamento jurídico ocupado pelas normas construídas pelo poder judiciário

Na **visão tradicional**, considerando o ordenamento jurídico como formado **apenas pelos textos de lei provenientes do Poder Legislativo**, parece bem simples encontrar o lugar de cada norma: Constituição, leis infraconstitucionais primárias, previstas no art. 59 da CR/88, normas infralegais, quais sejam, o decreto presidencial, com exceção daqueles casos em que é admitido o decreto autônomo, seguido por todos os atos administrativos normativos tomados pelas autoridades a quem a lei atribua tal prerrogativa ou função.

Entretanto, quando se trata de **situar, no plano do ordenamento jurídico**, as normas provenientes das decisões judiciais, **o critério utilizado é totalmente diferente**. Qual seria ele?

Em regra, o critério é o da **sujeição**, ou seja, **quais sujeitos estão obrigatória e legalmente submetidos** à norma jurídica produzida na decisão judicial para a resolução do caso. Por sua vez, para encontrar com precisão os parâmetros para a compreensão do âmbito dessa sujeição, **necessário o exame**

dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, instituto jurídico que torna imutável **a norma de decisão**, ou seja, a norma individual e concreta. Aqui, importante apenas lembrar que essa **norma de decisão** também pode ser **geral e abstrata**, quando oriunda do controle abstrato de constitucionalidade.

A princípio, pela **visão tradicional**, apenas as partes do processo no qual fora tomada essa decisão estariam a ela submetidas. No máximo, os **terceiros por ela afetados**, segundo o permissivo legal, como no caso do assistente litisconsorcial (art. 124 do CPC), por exemplo.

Entretanto, com a nova **mudança de mentalidade** que hoje o CPC convoca a comunidade jurídica a assumir, especialmente, o Poder Judiciário, **surge um novo personagem absolutamente submetido às decisões judiciais**, ou seja, em grau máximo. Quem seria ele? Ora, não é outro senão o próprio prolator dela: **o juiz**.

Essa constatação parece **elementar**, mas ela é **tão simples quanto inobservada no Brasil**, e por, pelo menos, **três** motivos bastante relevantes: a) impera a cultura entre os magistrados em geral, no sentido de que o dever do magistrado é aplicar a lei com justiça; disso deriva a ideia de que o juiz não cria a norma que aplica, **mas aplica a norma criada pelo legislador**; daí também deriva a ideia de que **a justiça é a forma como o magistrado corrige ou calibra**, no caso concreto, eventuais injustiças do legislador; b) ao aplicar a lei com justiça, o juiz, **em verdade, age, construindo a norma de decisão**, dentro dos limites legais que entende presentes, **impondo sua vontade**, pois, por justiça aqui, entenda-se seus **padrões éticos e morais**, além de suas **crenças, valores, afetos** e, em casos extremos, também seus **interesses**; c) o conceito de decisão judicial, para muitos, ainda é baseado apenas na ideia de **silogismo lógico**, no qual, a partir de premissas fáticas e legais, o juiz chega, por subsunção e mediante o uso da dedução e do emprego de métodos tradicionais de interpretação, a conclusões lógicas e, portanto, necessárias.

Assim, como, por um lado, o juiz, em verdade, (i) **cria a norma de decisão** e não, simplesmente a aplica, e, por outro, é sempre preciso enfatizar, (ii) **o conceito de justiça** é determinável, porém nunca definível, (iii) **a vontade** é elemento extremamente variável com pouca ou quase nenhuma possibilidade de padronização, mesmo no âmbito das decisões tomadas pelo mesmo juiz, (iv) e **o silogismo** somente funciona em casos extremamente simples, há, de forma indiscutível, uma **enorme dificuldade** de o próprio magistrado ser **coerente, estável** e íntegro no que diz respeito ao **universo de suas decisões**, por mais dedicado e bem intencionado que seja.

Dessa forma, a par das **conclusões acima** e também daquela inferência segundo a qual **as normas judiciais integram o ordenamento jurídico**, quando se transporta essa realidade para o plano dos **tribunais de apelação** e para os **tribunais superiores**, cujas decisões, possuem, em alguns casos, “efeito vinculante” e até “efeito erga omnes”, não é difícil concluir que é **acentuado** o viés **de insegurança jurídica atualmente**. Não é difícil encontrar exemplos hodiernos no STF, nos quais o plenário tem um entendimento, mas seus integrantes, monocraticamente, **o ignoram e aplicam o seu próprio**, em uma explícita demonstração do irrestrito uso da **vontade** no exercício da jurisdição, ou seja, na construção da decisão judicial e, pois, da **norma jurídica de decisão**.

Assim, como na atualidade, quadra da história na qual abundam as demandas de massa, com milhares de casos versando sobre o mesmo tema, não é difícil imaginar que um mesmo magistrado **que decide centenas delas em um único trimestre**, se não tiver a consciência de que é, ele próprio, sujeito às normas criadas por suas decisões, o ordenamento jurídico, além de complexo, **apresenta-se caótico**, impossível de ser lido pelo **cidadão**, pelos **empreendedores**, pelos **advogados**, por outros **juízes** e, principalmente, por **estrangeiros que desejam entender como funciona legalmente o país**.

Em suma, o lugar que as normas produzidas pelo Poder Judiciário ocupam deve seguir o **critério da sujeição**, de modo

que as normas dos juízes singulares sujeitam as partes, eventuais terceiros e o próprio magistrado, enquanto as normas dos tribunais de apelação, se tomadas no âmbito dos incidentes de inconstitucionalidade (art. 948 do CPC), de assunção de competência (art. 947 do CPC) e de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC), **submetem** o próprio Tribunal e, nos dois últimos casos, os **juízes de primeiro grau a ele vinculados**. Sobretudo, as decisões tomadas no âmbito dos tribunais de apelação **sujeitam os juízes do próprio tribunal** e, fora dos casos em que submetem os juízes de primeiro grau, nos termos acima, são para estes últimos **fortemente recomendáveis ou sugestivas**, ou seja, embora não obrigatórias, constituem-se ou criam excelente oportunidade para os juízes de primeiro grau adotarem **a postura do “stare decisis”** (valorização do já decidido), de modo que eles, se assim não agirem em tais casos, **assumem o ônus da argumentação contrária**.

No planos dos tribunais superiores, o **grau de sujeição é extenso**, em razão do “efeito vinculante” e do “efeito erga omnes”, ambos previstos no art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99, e art. 10, §3.º, da Lei n.º 9.882/99, ambos presentes no controle abstrato de constitucionalidade, além do “efeito vinculante” previsto para as demandas repetitivas, tanto no âmbito do controle de constitucionalidade concreto, quanto nas demandas decididas pelo STJ, em sede de recurso especial, nos termos do art. 1.040, II, do CPC. Por fim, **o art. 927 do CPC ainda sujeita todos os juízes e tribunais** às súmulas do STF e do STJ, bem como às decisões tomadas, em qualquer caso, pelo órgão especial do STJ.

Apesar de todo esse aparato, desenhado pelo CPC como forma de **otimizar a produção de normas no âmbito do Poder Judiciário**, como dito acima, os próprios juízes do STF e do STJ, em casos relevantes, **não se sentem submetidos ou vinculados nem mesmo às próprias decisões**, imagine-se às decisões dos órgãos fracionários que integram ou do plenário.

Em tais termos, a perplexidade **não está em admitir essa visão legiferante do Poder Judiciário**, nem a visão **dinâmica**

e complexa do ordenamento jurídico, mas na constatação de que, em geral, juízes e tribunais **ainda não se sentem vinculados** às próprias decisões.

Posto o critério, apesar das dificuldades para estabilizar esse universo de normas, conclui-se no sentido de que, **como integrantes do ordenamento jurídico**, as normas judiciais, vão, através do sistema recursal, **alterando-se umas às outras**, ficando **a salvo dessa dinâmica apenas as normas judiciais tornadas imutáveis**, ou seja, **protegidas pela coisa julgada**.

Todavia, para além das dificuldades apontadas, conta-se, agora, com uma mais, que é a **previsão explícita** trazida pelo próprio CPC, no artigo 525, §15, no sentido da aplicação da **retroatividade máxima** no Brasil, bem como a **interpretação equivocada que alguns estão fazendo sobre o §12 desse mesmo artigo**, no sentido de que é inexigível a decisão judicial transitada em julgado, quando fundada em norma tida como inconstitucional pelo STF, **mesmo que a conclusão da Corte Suprema tenha sido posterior ao trânsito em julgado**.

Conclusões

Em face de todo o exposto, conclui-se:

a) as normas jurídicas oriundas de decisão judicial integram o ordenamento jurídico tanto quanto as normas oriundas do Poder Legislativo;

b) no âmbito do nosso ordenamento jurídico, a regra geral é a da retroatividade das normas, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 4.657/42, mas apenas da retroatividade mínima, que é aquela que alcança apenas os efeitos futuros de uma situação jurídica consolidada sob o pálio de uma lei antiga;

c) em face da garantia constitucional de proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, a retroatividade máxima e a retroatividade média não são, em regra, admitidas, salvo, em alguns casos expressamente previstos em lei, e desde que sejam mais benéficas ao cidadão;

d) assim sendo, as relações jurídicas estabilizadas por decisões judiciais, tornadas imutáveis pela coisa julgada, também não podem sofrer alterações decorrentes da retroatividade máxima ou média imposta por outra norma jurídica oriunda do poder judiciário, mesmo que proveniente do controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto no âmbito dos recursos repetitivos;

e) a ação rescisória também não pode criar norma judicial com o objetivo de retroagir, em grau máximo ou médio, sobre relações jurídicas estabilizadas por decisão judicial transitada em julgada, porque o fato de determinada norma ter sido declarada inconstitucional afeta a norma geral e abstrata ou a norma de decisão do caso concreto no qual tenha sido julgado recurso extraordinário, porém nunca as normas de decisão de processos estranhos, já estabilizadas pela coisa julgada;

f) assim, é inconstitucional o art. 525, §15, do CPC/2015;

g) essa inconstitucionalidade advém da incompatibilidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, cujo objeto são normas, não decisões judiciais, estas são atacadas por recursos, sendo estes possíveis apenas até o trânsito em julgado;

h) a regra constante do art. 525, §12, do CPC, por todas essas razões, somente faz sentido diante de decisões do STF tomadas antes da formação do título executivo exequendo, porque somente assim se atende o comando do CPC de respeito aos precedentes, em busca da formação de uma jurisprudência coerente, estável e íntegra e, portanto, em busca da segurança jurídica, mesmo valor-chave que o direito fundamental de respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido vista preservar;

i) o caso METABEL é exemplo de como o STF deverá interpretar o art. 525, §§ 12 e 15, do CPC.

Por derradeiro: advogados não precisam ser como vates, basta que impecamos a sandice do Senhor Calvino e do

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Senhor Duchamp, no sentido de **quererem, por pura vontade, fixar as regras para decidir quem venceu somente após o jogo já ter sido jogado. Quanto aos juízes e tribunais:** estes não devem decidir segundo sua vontade, mas de acordo com as regras do jogo, previamente fixadas, o que, no caso das normas judiciais, significa o respeito pelos critérios legais existentes e vigentes ao tempo do fato jurídico e da relação jurídica a serem definidos: as normas postas pelo Poder Legislativo e, eventualmente pelo Poder Executivo, bem como as normas postas pelo Poder Judiciário, leia-se, os precedentes obrigatórios, bem como a jurisprudência sugestiva (“stare decisis”).