

Bianor Arruda: As regras do jogo tributário — e como ele termina

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 e 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:

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

- Precisamos 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 termos do artigo 150, III, “a”, da CR/88.

Tomando de empréstimo, por ser didática, a teoria espanhola^[1] dos "níveis de retroatividade", pode-se apresentar sobre o tema o seguinte quadro^[2]:

- a) *retroatividade máxima*: a lei retroagiria, alcançando situações jurídicas^[3] 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, preponderantemente, 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 produzidas 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, em regra, 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, 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, em regra, 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 a norma vige até que outra a modifique ou a revogue (artigo 2º da Lei 4.657/42). Segundo essa sistemática de imunidades, 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 nesses 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, em última análise, dos próprios direitos fundamentais.

Entretanto, o CPC de 2015, em seu artigo 525, parágrafo 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”.

Neste texto, tentaremos apresentar fundamentos jurídicos para demonstrar a inconstitucionalidade da referida norma constante do parágrafo 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.

As normas jurídicas criadas pelo Poder Judiciário integram o sistema ou 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. Essa 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^[4], porque são capazes apenas de revelar a vontade do próprio julgador.

Ainda no século XX, 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[5]: 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.

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.

Todavia, se Kelsen está certo e as normas postas pelo Poder Judiciário têm sua elaboração ou construção significativamente influenciadas pela vontade do julgador, ou seja, por um fator, talvez até imprevisível mas, sobretudo, incontrolável, no mínimo, é de se duvidar dos pilares sobre os quais se assentam o Direito: segurança jurídica, manutenção das expectativas e previsibilidade e estabilidade do direito aplicável e das relações jurídicas dele derivadas.

No Brasil, é importante que se frise, conforme demonstrado em [texto anterior](#), o fator “vontade” na composição das normas de decisão é bastante acentuado. Por essas razões, 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 judiciais 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 posituação da norma jurídica, no qual se observará declarações de inconstitucionalidade, votos vencidos, recursos inadmitidos, 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 – estado de coisas inconstitucional” empregado na ADPF 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 (artigo 927 do CPC), bem como em nome da força dos precedentes?

[1] LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito Intertemporal e a Proteção do Direito Adquirido*. São Paulo: Juruá, 2011.

[2] Classificação exposta pelo professor e ministro José Carlos Moreira Alves, por ocasião da emblemática ADI 493, julgada no dia 25 de junho de 1992, e cujo objeto eram artigos da fatídica Lei 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.

[3] Por “situação jurídica” deve-se entender “a efetivação de todas os efeitos previstos no consequente da norma jurídica: aí incluída a própria relação jurídica”.

[4] 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.

[5] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Date Created

18/02/2018