

AS CAUSAS DA INSEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

THE CAUSES OF INSECURITY LEGAL IN BRAZIL

GUILHERME SARRI CARREIRA¹

RESUMO: O presente ensaio tem por objetivo analisar as causas que geram insegurança jurídica no Brasil, sendo que estas podem ser de três ordens: social, legal e jurisdicional. A questão de ordem social coincide com o ambiente em que vivemos, de alta velocidade e de constante transformação. Do ponto de vista legal, vivenciamos um caos legislativo, já que se legisla muito e quase sempre sem qualidade. Do ponto de vista jurisdicional, também vivemos um caos jurídico, tendo em vista as constantes mudanças de posicionamentos de nossos tribunais, notadamente os tribunais superiores, aliado a discricionariedade de nossos julgadores. Tudo isso proporciona um sentimento de desconfiança no jurisdicionado, aumentando, por conseguinte, a litigiosidade, tornando letra morta o princípio da razoável duração do processo, além de ocasionar prejuízos de ordem econômica, pois sem segurança jurídica a atividade econômica se torna de alto risco.

PALAVRAS CHAVES: Segurança Jurídica - Questões Sociais, Legais e Jurisdicionais – Consequências da insegurança jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the causes that generate legal uncertainty in Brazil, and these can be of three kinds: social, legal and judicial. The question of social order coincides with the environment in which we live,

1 Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela PUC-SP (COGEAE). Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Juiz de Direito. Professor da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Goiatuba (FAFICH), da ESMEG (Escola da Magistratura do Estado de Goiás) e da EJUG (Escola Judicial de Goiás). Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da ESMEG. E-mail: gui_carreira@hotmail.com .

high speed and constant transformation. From a legal point of view, we experience a legislative chaos, since it legislates and very often without quality. The judicial point of view, also live in a legal chaos, given the constant change of positions of the courts, especially the higher courts, along the discretion of our judges. All this provides a sense of distrust in claimants, increasing therefore the litigation, making a dead letter the principle of reasonable duration of the process, besides causing loss of economic order, because without legal certainty economic activity becomes high risk.

KEYWORDS: Legal Security – Social, Legal and Jurisdictional Issues – Consequences of legal uncertainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Das questões sociais. – 3. Das questões legislativas. – 4. Das questões jurisdicionais. – 5. As consequências da insegurança jurídica. – 6. Conclusões. – 7. Bibliografia.

1. Introdução.

As motivações para a elaboração do presente artigo foram de duas ordens: a primeira, em razão da mudança de posicionamento do STF sobre a possibilidade de execução das penas antes do trânsito em julgado, situação esta que me fez lembrar o primeiro capítulo da minha dissertação de mestrado pela PUC-SP, que ora serve de base ao presente artigo; segundo, o convite formulado pelo meu amigo Henrique Garbellini Carnio, que abriu as portas da revista pensamento jurídico do programa de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito de São Paulo (FADISP)

O objetivo do presente artigo é apenas expor as causas que geram, no Brasil, uma insegurança jurídica, de modo que não pretendemos, neste texto, apresentar qualquer tipo de solução. Todavia, não temos dúvida de que uma vez identificado o problema, a possibilidade de se ter um diagnóstico preciso aumenta consideravelmente.

Assim, podemos apontar que no Brasil, as causas de insegurança jurídica são de três ordens: social, legislativa e jurídica, o que nos leva a afirmar que vivemos em um ambiente verdadeiramente caótico, pois, primeiro, o atual estágio social em que vivemos é tido como de alta velocidade e de constante transformação; segundo, vivemos um caos legislativo, já que se legisla muito e quase sempre sem qualidade; por fim, vivemos um caos jurídico, fortalecido pelas constantes mudanças de posicionamentos de nossos tribunais, notadamente os tribunais superiores, fenômeno este que ficou conhecido como jurisprudência zig-zague (*ZICK-ZACK-RECHTSPRECHUNG*) ou jurisprudência lotérica, agravado ainda pela discricionariedade de nossos julgadores, fenômeno este que ficou conhecido como *solipsismo judicial* ou *decisionismo*.

Tudo isto contribui para um estado de insegurança jurídica que, por sua vez, traz prejuízos de ordem econômica, tendo em vista que o desenvolvimento de uma atividade econômica acaba se tornando de alto risco, além de se ter um incremento da litigiosidade (= processos lentos), restando ainda comprometida a credibilidade do Poder Judiciário e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito, do qual a segurança jurídica é um dos seus pilares.

2. Das questões sociais

A sociedade em que hoje vivemos pode ser qualificada como uma sociedade de risco, pluralista, global ou de informação. Vivemos em um mundo plano² cuja principal característica consiste no acesso imediato a uma quantidade infinita de informação. Por mais paradoxal que possa parecer, esta situação gera desinformação, conforme anota Humberto Ávila:

Esse material informativo, embora possibilite uma maior

2 A propósito, cfr. FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano – uma breve história do século XXI**. Traduzido por Cristiana Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

compreensão do mundo, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado. Dai por que o maior conhecimento conduz ao aumento do sentimento de insegurança: o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro. O futuro, antes nas mãos de Deus, com a secularização, foi posto nas mãos do homem, cabendo a este último dominá-lo, por planejamento e não por adivinhação. No entanto, com a sociedade moderna e com o aumento da complexidade das relações, decorrente dos avanços técnicos e tecnológicos, o futuro ficou maior. Na busca por segurança – eis o paradoxo – o homem terminou por sentir-se mais inseguro. Afinal, informação demais causa desinformação.³

Assim, o excesso de informação confere ao indivíduo uma sensação de insegurança, pois em busca de um melhor planejamento (nada de adivinhação), ele se vê repleto de leis referentes às três órbitas federativas (federal, estadual e municipal), de infindáveis medidas provisórias, decretos-leis, consultas administrativas, decisões variadas de Tribunais Estaduais e Federais, além de decisões divergentes de Tribunais Superiores. Somemos a isso o material normativo proveniente do Direito Internacional. Ora, como fazer um planejamento diante de tanta informação, somada ao fato de que nem sempre este material normativo é compatível entre si. Em suma, é o paradoxo da informação gerando desinformação. É a busca por segurança jurídica gerando maior insegurança jurídica.

3 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40.

Além deste excesso de informação que, conforme dissemos, gera desinformação, vivemos em uma sociedade na qual os interesses são diversos, pois existem vários grupos que buscam resguardar o seu próprio interesse na sociedade em que vivem (grupismo), tais como os liberais, os conservadores, os imigrantes, os ambientalistas, etc. Observe que estes valores, em algumas ocasiões, são colidentes, o que acaba impondo ao Estado o dever de coordená-los por meio de novas normas, quando muitas delas são normas excepcionais (para regular casos marginais), transitórias (para regular provisoriamente determinados casos) e de transição (para proporcionar uma passagem de um sistema para o outro).⁴

Logo, em decorrência deste “politeísmo de valores”, natural nas sociedades modernas, o que vemos é uma atuação maior do Estado em busca de coordenar e agregar os diversos grupos sociais, o que acaba por gerar uma maior intervenção do Estado na edição de novas leis, muitas delas de cunho excepcional, produzindo assim um inchaço legislativo e uma forte intervenção estatal. O jurisdicionado, por sua vez, tem o dever de conhecer todos estes atos normativos.

Além de plural, a sociedade em que hoje vivemos carrega consigo uma alta carga de inovação, decorrente de investimentos em pesquisa, estudo, planejamento, novos paradigmas e novas culturas.

Ocorre que estes novos fenômenos não são acompanhados, em regra, pelo direito, o que gera duas consequências previsíveis: a primeira é a edição de novas leis; a segunda, utilizar conceitos vagos, indeterminados e princípios gerais, ou seja, uma estrutura normativa mais aberta e mais flexível, justamente como forma de permitir que o aplicador do direito possa mantê-lo sempre atual. O problema é que quanto maior a abstração e a generalidade das normas, menos previsível é o seu conteúdo, e quanto menos previsível, maior a insegurança jurídica.

Assim, o que percebemos é a existência de um grande paradoxo, pois quanto maior é a abstração das normas, menos previsível é o seu

4 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

conteúdo, sendo que para se ter maior previsibilidade é necessário um inchaço legislativo a fim de tratar todas as situações com uma riqueza de detalhes, abordando, inclusive, as hipóteses de exceção. Por esta linha de raciocínio o direito passa a ser um fenômeno complexo e incompreensível.⁵

Outra questão que merece nossa atenção diz respeito à sociedade de “alta velocidade” (*high speed society*), que nada mais é do que uma decorrência do rápido acesso à informação e das constantes transformações sociais. Em razão disso, vivenciamos uma sociedade líquida (*liquid society*), na qual são exaltados os valores de mudança, flexibilidade e mobilidade. Assim, na ânsia de atender a esses ditames, tem-se mais um paradoxo, conforme demonstra Humberto Ávila:

O legislador, para assegurar os interesses dos cidadãos e para orientar a sua ação, age com rapidez; mas, exatamente porque o faz desse modo, termina legislando de maneira equivocada, o que exige a edição de novas normas destinadas a retificar as anteriores. O paradoxo é este: se o legislador age rápido, age mal e tem que rever os seus atos, o que provoca insegurança; se demora, não assegura os direitos reclamados pelos cidadãos, nem os orienta, criando um estado de insegurança. Em busca de garantir segurança, o legislador termina criando insegurança. E, ao lado do fenômeno da particularização

5 Esta percepção foi trazida por Humberto Ávila: “Criam-se, com esse quadro, um dilema e um paradoxo. O dilema está no fato de que, para ser mais acessível, o Direito precisa ser mais simples; no entanto, para ser mais simples, requer a desconsideração de muitas particularidades individuais, o que dificulta a proteção de todos os interesses. Para ser mais protetivo, o Direito precisa considerar o maior número de interesses, mas, para fazê-lo, demanda mais complexidade, o que impede de ser facilmente compreensível. O dilema, por conseguinte, é este: se o Direito é mais seguro, porque mais acessível, precisa ser menos assecuratório; se o Direito é mais assecuratório, enquanto mais protetivo, precisa ser menos acessível. O ganho em acessibilidade implica, pois, a perda em protetividade, e o ganho em protetividade, o prejuízo em acessibilidade. O paradoxo reside no fato de que, quanto mais segurança por meio do Direito se pretende garantir, menos segurança do Direito se pode conquistar.” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46-47.)

da legislação, surge o fenômeno da sua rápida obsolescência, fazendo com que a lei perca as suas características tradicionais de solenidade, de generalidade e de permanência. Tal quadro se justifica, pois, a afirmação de que, quanto mais leis, menos Direito, e quanto menos leis, mais Direito.⁶

Portanto, o que vemos é que os aspectos sociais impõem-nos alguns paradoxos: a busca pela informação gera desinformação; o “politeísmo de valores” produz um inchaço legislativo (=maior intervenção estatal) e, conseqüentemente, desconhecimento; a evolução social e os novos paradigmas implicam na edição de leis abstratas, com conceitos vagos e princípios gerais, o que gera insegurança jurídica em face da imprevisibilidade de seus termos. Em suma, é a informação gerando desinformação; é a busca por segurança gerando insegurança.

3. Das questões legislativas.

Do ponto de vista legislativo, a insegurança jurídica repousa em alguns fatores que precisam ser analisados com cautela, passando pelo excesso de leis, pela sua qualidade e até mesmo pela formação e composição de nossos representantes legislativos.

No que tange ao primeiro aspecto, como já foi dito, vivemos um verdadeiro “caos legislativo”. Isto porque, dados extraídos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) demonstram que desde a edição da Constituição Federal de 1988 até outubro de 2015 (ano de seu 27º aniversário), foram editadas mais de 5,2 milhões de normas, o que representa cerca de 764 regras por dia útil, entre leis, medidas provisórias, instruções normativas,

⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50-51.

emendas constitucionais, decretos, portarias, instruções normativas, atos declaratórios, entre outras.⁷

No âmbito federal foram editados 161.582 atos normativos desde a promulgação da Constituição Federal, passando por 06 emendas constitucionais de revisão, 90 emendas constitucionais, 02 leis delegadas, 92 leis complementares, 5.415 leis ordinárias, 1.303 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.515 decretos federais e 137.667 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.). Em média, foram editadas 16,39 normas federais por dia ou 23,55 normas federais por dia útil nestes 27 anos.

Já no âmbito estadual, segundo os dados da pesquisa, foram editados 1.363.073 atos normativos, sendo 312.720 leis complementares e ordinárias, 453.504 decretos e 596.849 normas complementares. Em média, foram editadas 138,28 normas por dia ou 198,67 normas por dia útil. Neste período, cada Estado editou, em média, 50.484 normas, o que dá 5,12 normas/dia ou 7,36 normas/dias útil.

Por fim, os Municípios foram responsáveis pela edição de 3.717.259 atos normativos, divididos em 637.239 leis complementares e ordinárias, 706.179 decretos e 2.373.841 normas complementares. Em média, os municípios brasileiros editaram 377,12 normas por dia ou 541,80 normas por dia útil. Assim, considerando que existem 5.567 municípios no Brasil, cada um deles editou, em média, 667,73 normas neste período.

Portanto, o que se extrai da referida pesquisa é que a legislação brasileira é um emaranhado de normas editadas nas três esferas de poder, o que gera um verdadeiro “caos legislativo”.

Além deste quantitativo de normas existentes no país, percebemos que as leis aqui editadas são, muitas vezes, declaradas

⁷ O estudo encontra-se disponível em: <http://www.ibpt.com.br/noticia/2272/Mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-Brasil-desde-a-constituicao-de-88>. Acesso em 26 fev. 2016.

inconstitucionais, comprometendo gravemente a segurança jurídica, o que nos remete à qualidade de nossos textos legais.

Sobre o tema, pesquisa publicada no Anuário da Justiça 2015 revelou que em 2014, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito de 88 ações de controle de constitucionalidade, 64,70% das leis examinadas foram consideradas inconstitucionais. O maior índice de inconstitucionalidade foi verificado nas leis aprovadas pelas Assembleias Legislativas dos Estados, com destaque para os Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Alagoas. Já o Congresso Nacional saiu-se muito bem, pois de 09 leis contestadas, apenas 01 foi considerada inconstitucional.

De acordo com Anuário de Justiça 2015, o motivo para este alto índice de inconstitucionalidade diz respeito à invasão de competência praticada pelos Estados-Membros em face da União, além do vício de iniciativa, ocasião em que os deputados decidem legislar sobre matéria que não possuem competência.

Ressalte-se que o problema não é restrito ao ano de 2014. Em 2012, o Anuário da Justiça revelou que em 2011, 83% das leis examinadas pelo Supremo Tribunal Federal foram consideradas inconstitucionais, sendo que metade das leis incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 vem de cinco dos 20 Estados que tiveram questionamentos sobre suas leis no Supremo Tribunal Federal (STF). Um deles foi o Paraná, que dividiu a terceira posição com Santa Catarina. O Estado em pior situação foi o Rio de Janeiro, que teve todas as 13 leis julgadas pelo Supremo consideradas inconstitucionais. Em segundo lugar estavam o Distrito Federal e São Paulo.

Em 2007, o STF analisou 128 leis estaduais e federais, das quais 103 foram consideradas inconstitucionais, o que equivale a 80,47%⁸, índice inferior ao ano de 2012.

Comparando os dados brasileiros com o de outros países, percebemos a nossa real situação. No México, de 1994 a 2002, apenas 21 leis

⁸ Estes dados foram extraídos do Anuário da Justiça 2008.

federais foram consideradas inconstitucionais. Nesse período, foram questionadas 600 normas.⁹

Considerando os estudos mencionados, percebemos que no Brasil se legisla muito e com péssima qualidade, tanto que no ano retrasado, 6,5 de cada 10 leis questionadas no Supremo foram julgadas inconstitucionais, isto sem levar em consideração as normas questionadas e declaradas inconstitucionais no âmbito dos Tribunais Estaduais.

Tais dados demonstram que muitos dos nossos legisladores não possuem qualidade e competência para assumirem tais funções, o que desemboca no terceiro aspecto a ser considerado: a formação e composição dos nossos representantes legislativos.

O que se verifica é que a atividade legislativa perdeu os seus juristas, sendo poucos os membros do Congresso Nacional que possuem sólida formação e, dentre esses, mais raros ainda os que se dedicam à vida intelectual. Consequentemente, a ausência de juristas resulta na edição de leis sem amparo doutrinário, e, consequentemente, em leis inconstitucionais, como bem pontuou Otávio Luiz Rodrigues Junior:

Diferentemente do que ocorrera nas seis ou sete primeiras décadas do século XX, quando o parlamento ostentava nomes como Bilac Pinto, Aliomar Baleeiro, Ruy Barbosa, Carvalho de Mendonça, Paulo Brossard, Neri da Silveira, a criação de leis é pouco influenciada pela doutrina. Ressalvam-se os contributos de associações de juristas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, nas reformas do Código de Processo Civil ou de grupo de doutrinadores, como se verificou na comissão de autores do anteprojeto do Código de Direito do Consumidor, liderada por Ada Pellegrini Grinover, além dos integrantes

9 Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jun-13/brasil_recordista_numero_leis_inconstitucionais. Acesso em 26 fev. 2016.

do comitê revisor do Código Civil de 2002, entre esses Regina Beatriz Tavares da Silva, Mário Delgado Regis e Carlos Alberto Dabus Maluf¹⁰

Além de todo este “caos legislativo”, é muito comum o legislador utilizar de artifícios para alterar o ordenamento jurídico. Um deles foi apelidado pela doutrina como “lei ônibus”, no qual o legislador, em um único instrumento legislativo, introduz modificações em grandes e em distintos setores do ordenamento jurídico brasileiro, tornando ainda mais difícil o já caótico emaranhado legislativo.¹¹

Sabemos ainda das “caudas legislativas”, que consiste no uso de uma lei que cuida especificamente de um assunto para, ao seu final, inserir matéria totalmente estranha a ela. Esta situação é muito comum quando se trata de matéria orçamentária, no qual o Legislativo, aproveitando-se de uma lei que não trata de orçamento, insere, ao seu final, um artigo tratando especificamente deste tema. Tal fenômeno é conhecido como *tackings* para os ingleses, *riders* para os norte-americanos, *BEPACKUNG* para os alemães, ou ainda os *cavaliers budgetaires* dos franceses.

Este mecanismo de aproveitamento de projetos para matérias que lhe são estranhas tornou-se tão frequente no Brasil a ponto de resultar na edição da Lei Complementar nº 95, de 1998, cujo art. 7º assevera que os projetos de lei devem se restringir a um único objeto e não conter matéria estranha a ele.¹²

10 JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação doutrinária em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

11 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

12 “Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por

Também é comum a edição das chamadas “leis propagandas”¹³ e “leis descafeinadas”¹⁴, que são leis editadas pelo Poder Público em resposta a uma insatisfação do público, mas que, ao final, em nada contribui para solucionar o problema. Na verdade, são leis que procuram apenas responder aos anseios de momento da população, não trazendo nenhum tipo de benefícios ou de soluções concretas.

Em resumo, é neste cenário que o cidadão tem de planejar seus atos e negócios, tentando compreender diariamente as leis editadas pelo Poder Público, além de ter que conviver com o risco de que a referida lei ou ato normativo seja questionado no Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, declarada inconstitucional com efeitos retroativos (*ex tunc*), o que acaba gerando prejuízos incalculáveis.

4. Das questões jurisdicionais.¹⁵

O Poder Judiciário também é um dos responsáveis pela insegurança jurídica em nosso país, pois, ao que parece, somente agora este Poder passou a compreender a sua função no atual estágio constitucional, ao menos quanto à uniformização de entendimento e respeito aos precedentes judiciais, com destaque especial ao art. 926 do NCPC, que impõe aos tribunais o dever de “*uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.”

13 LAPATZA, J.J. Ferrero. **Reflexiones sobre Derecho Tributario y técnica jurídica**. REDF, 85, 1995 apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

14 NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 130 apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

15 Estas questões também foram tratadas por este autor em “A superação dos enunciados sumulares no direito brasileiro e seu adequado tratamento jurídico. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, v. 16, dez. 2014, p. 120-150.

A respeito da credibilidade do Poder Judiciário, Bruno Dantas, em excelente artigo, esclarece que compete aos Tribunais de Justiça uniformizar o entendimento a fim de proporcionar previsibilidade e garantir segurança jurídica, não podendo o Judiciário funcionar como um insumo de imprevisibilidade, senão vejamos:

Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo. Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar tratamento mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de *sobrejuízes* com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais. Vale dizer, *normal* é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. *Anormal* é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral.¹⁶

16 DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: **Justiça e Cidadania** n.149. jan//2013, Rio de Janeiro: JC, 2013, p. 29-30.

Percebemos, assim, que uma das questões jurisdicionais que geram insegurança diz respeito à falta de uniformidade dos nossos Tribunais, cada qual decidindo a seu bel prazer, como se fossem um aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas.

Além desta falta de uniformidade, outro fator que compromete a credibilidade do Poder Judiciário e a segurança jurídica diz respeito a constante mudança de jurisprudência, o que levou alguns autores, como já foi dito, a nominar este fenômeno de *jurisprudência zigzague* (*ZICK-ZACK-RECHTSPRECHUNG*)¹⁷ ou *direito gasoso*, em razão de desaparecer antes mesmo de ser compreendido pelos destinatários.¹⁸

Essa mudança de jurisprudência é facilmente perceptível no direito brasileiro. A título de exemplo, lembremo-nos do depósito recursal de 30% do valor em discussão para admitir um recurso administrativo. Em um primeiro momento fixou-se o entendimento de que tal exigência seria constitucional e compatível com o devido processo legal.¹⁹ Todavia, o STF, em 2007, reanalisando a questão, decidiu pela inconstitucionalidade do depósito. Um dos fundamentos para esta decisão foi justamente o mesmo princípio utilizado para reconhecer sua constitucionalidade, ou seja, o devido processo legal, motivando ainda a decisão no direito de petição e no princípio da proporcionalidade.²⁰

Outro caso de oscilação refere-se ao IPI alíquota zero, uma vez que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 350.446-1, entendeu que nas operações tributadas com base na alíquota zero, o contribuinte do IPI teria o direito de se creditar dos valores recolhidos a este título nas operações anteriores, a exemplo do que ocorreu no caso das isenções. Como se tratava

17 HEY, Johanna. **Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem**. Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 87; ALPA, Guido. **La certezza del Diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli, Scientifica, 2006, p. 23 apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53.

18 FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 41 apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53.

19 ADI n.º 1.049 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ 25.08.1995*.

20 ADI n.º 1.976, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ 18.05.2007*.

de uma decisão Plenária do STF, vários Recursos Extraordinários foram interpostos pela Fazenda Nacional e sumariamente rejeitados, de forma reiterada, com base no art. 557 do Código de Processo Civil. Esta situação, todavia, permaneceu na Suprema Corte até que o Ministro Maurício Corrêa, após indeferir monocraticamente o Recurso Extraordinário n.º 353.657, reconsiderou sua posição. Após sua aposentadoria, o processo foi redistribuído para o Ministro Marco Aurélio que, ao levar o caso a Plenário, juntamente com os Recursos Extraordinários n.º s 350.446, 357.277 e 370.682, decidiu dar provimento aos recursos da Fazenda Nacional e alterar o entendimento anterior, até então favorável aos contribuintes.²¹

No campo tributário ainda é possível citarmos outros exemplos desta jurisprudência “zigzague”, como no caso da não aplicação do princípio da anterioridade para os casos de revogação de isenção tributária, conforme julgado de 1993, o que resultou na Súmula 615 do STF²². Todavia, em 2006, o mesmo Tribunal, através de seu Pleno, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.325 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ 06.10.2006*, entendeu que o princípio da anterioridade também deveria incidir nos casos de revogação de isenção.²³

Outro caso de oscilação jurisprudencial refere-se à definição de “serviço hospitalar” para fins de incidência de base de cálculo do imposto de renda. O tema foi ostensivamente tratado pelo Superior Tribunal de Justiça que, inicialmente, adotou o entendimento de que a definição de serviço hospitalar passava pela sua natureza e não pelo local de prestação do serviço, não importando se dentro ou fora de um hospital.²⁴ Ocorre que a mesma 1ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 837.778/SC, mudou de entendimento e passou a compreender o serviço hospitalar como aquele prestado em uma

21 Este histórico foi retirado do texto de Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues. Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas hipóteses de alíquota zero). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 11.vol. São Paulo: Dialética, 2007.

22 “O princípio constitucional da anualidade (§29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção de ICM”

23 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.52.

24 REsp 380.584/RS, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ 25.03.2002*.

“estrutura hospitalar”²⁵, em nítido confronto com a 2ª Turma, que seguia o entendimento firmado pela 1ª Turma no REsp 380.087/RS. Chamado a se manifestar, a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais n.ºs 786.569/RS²⁶ e 832.906/SC²⁷ adotou o entendimento de que serviço hospitalar compreende a “existência de uma estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes”. Ocorre que esta interpretação não foi aceita de maneira uniforme pela 2ª Turma do STJ, que ainda resistia ao entendimento uniformizador da 1ª Seção. Novamente instado a se manifestar, a 1ª Seção, em julgamento de 22.04.2009, surpreendentemente alterou seu entendimento e passou a considerar para a definição de “serviço hospitalar” a sua natureza, ou seja, voltou a adotar o entendimento inicial do Tribunal.²⁸ Note-se que, neste caso, o entendimento era um, passou a ser outro, para só então voltar ao inicialmente adotado.²⁹

No campo penal é possível citarmos um caso clássico relacionado à progressão de penas para os crimes hediondos. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma prevista no art. 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90 não feria a Constituição Federal.³⁰ Ocorre que em 2006, o mesmo Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da norma, alegando, em suma, que a proibição geral de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos feria o princípio da individualização da pena, dando uma nova visão a este princípio.³¹ Este novo entendimento do STF resultou na Lei n.º 11.464/2007, que trouxe para os condenados por crimes hediondos um critério temporal mais elevado para a progressão de regime ao exigir o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidentes.

Ainda na área penal, o STF, em 2002, entendeu que não tendo os recursos extraordinários efeito suspensivo, a expedição de mandado de prisão

25 REsp 837.778/SC, 1ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 31.08.2006.

26 REsp 786.569/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 30.10.2006.

27 REsp 832.906/SC, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 27.11.2006.

28 REsp 951.251/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 03.06.2009.

29 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54-55.

30 HC 69.657, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 18.06.1993.

31 HC n.º 82.959, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*. 01.09.2006.

não feria o princípio da presunção de inocência.³² Todavia, em 2009, o mesmo Tribunal entendeu que o condenado tem o direito de recorrer em liberdade até a última instância, justamente em homenagem ao princípio da presunção de inocência.³³ Todavia, agora em 2016, o STF, julgando o HC 126.292, ainda pendente de publicação, refluíu de ideia e novamente passou a admitir a execução penal antes do trânsito em julgado. Por fim, a questão voltará novamente à tona, tendo em vista o ajuizamento de duas ações diretas de constitucionalidade (ADC 43 e 44), no qual discutem a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.³⁴

Outro exemplo desta jurisprudência cambaleante diz respeito à fidelidade partidária. Isto porque o STF, em 1994, entendeu que não perderia o mandato político o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvinculava do partido ou da aliança partidária pelo qual havia sido eleito.³⁵ Entretanto, em 2008, ao rever este entendimento, o STF entendeu que os efeitos da desfiliação partidária envolvem a perda do mandato eletivo, com exceção dos mandatos de cargos majoritários. Em suma, posicionou-se que no caso eleições representativas, o mandato pertence ao partido político e não a figura do eleito.³⁶

Também não podemos nos esquecer do depositário infiel. Inicialmente, o STF entendeu que a prisão do depositário infiel não violava o Texto Constitucional nem transgredia o sistema protetivo da Convenção Americana de Direitos Humanos.³⁷ Ocorre que a mesma Corte, ao reanalisar a matéria, entendeu que a Convenção Americana de Direitos Humanos possui

32 HC n.º 81.685, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ 17.05.2002*.

33 HC n.º 84.078, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, *DJ 05.02.2009*.

34 “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

35 MS n.º 20.927, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ 15.04.1994*.

36 MS n.º 26.604, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJ 02.10.2008*.

37 HC n.º 81.319, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ 19.08.2005*.

um caráter supralegal, o que resulta na impossibilidade de prisão do depositário infiel.³⁸

Exemplo recente desta oscilação jurisprudencial pode ser citado nos casos dos recursos prematuros. Isto porque o STF sempre entendeu que os recursos interpostos antes do início do prazo (*ante tempus*) não poderiam ser aceitos, já que se o prazo consiste em um interstício de tempo entre a data inicial e a data final, qualquer ato praticado fora desta linha temporal será tido como fora do prazo.³⁹ No entanto, já em 2012 a 1ª Turma do STF mudou o seu posicionamento no julgamento dos embargos de declaração no *habeas corpus*, admitindo assim o recurso interposto antes do prazo⁴⁰, situação esta que foi adotado no ano de 2015 pelo Pleno.^{41 - 42}

Outro recente exemplo de alteração jurisprudencial ocorreu no âmbito do STJ, que deixou de exigir a renovação do pedido de gratuidade de justiça para fins de admissibilidade do recurso especial⁴³, afastando assim a sua jurisprudência defensiva sobre o tema.⁴⁴ Note-se que as duas decisões citadas, ambas da Corte Especial, foram proferidas em menos de um ano, ou seja, uma em 2014 e outra em 2015.

Importante consignar que os exemplos citados foram proferidos no âmbito do mesmo Tribunal Superior, decorrência, muitas vezes, de sua própria estrutura, já que tanto o STF como o STJ é dividido em turmas (órgãos fracionários), o que permite a existência de pensamento divergente entre eles.

38 HC n.º 92.566, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 104, 04.06.2009.

39 A propósito, cf.: RE 606.376 ED-EDv/RS, Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 18/12/2014; ARE 638.700 AgR-ED/MG, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 10/09/2012;

40 HC 101.132 ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 24/04/2012.

41 AI 703.269 AgR-ED-ED-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, julgado em 05/03/2015.

42 Note-se que esta decisão do STF coaduna-se com o NCPC, que reconhece a tempestividade dos atos praticados antes do início do prazo (art. 281, §4º), de modo que também não terá mais aplicação o enunciado 418 da súmula do STJ.

43 AgRg nos EAREsp 86.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, CORTE ESPECIAL, *DJe* 04/03/2015.

44 EDcl no AgRg nos EAREsp 221.303/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, CORTE ESPECIAL, *DJe* 27/03/2014.

Entretanto, o problema piora quando a divergência se dá no âmbito de tribunais distintos, como aconteceu com a incidência da COFINS para as sociedades civis, ou a obrigatoriedade de advogado, no caso de processo administrativo. Nestes dois casos a divergência jurisprudencial ocorreu entre o STJ e o STF.

No primeiro deles, a matéria estava pacificada no âmbito do STJ que, por sinal, editou o Enunciado 276 de sua súmula, dispondo que “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado.” Entretanto, a matéria foi parar no STF, que, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 377.457/PR⁴⁵ e 381.964/MG⁴⁶ entendeu pela incidência da contribuição, uma vez que a LC n.º 70/91 é complementar apenas em sentido formal, sendo materialmente ordinária, passível, portanto, de ser revogada pela Lei Ordinária n.º 9.430/96.

Quanto à presença obrigatória do advogado no processo administrativo disciplinar, o tema foi inicialmente sumulado pelo STJ, conforme Enunciado 343 de sua súmula, editado em 12/09/2007, nos seguintes termos: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. No entanto, o STF, em 16/05/2008, editou a Súmula Vinculante 05, dispondo que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, alterando completamente o posicionamento sumulado do STJ.

Outro caso em que houve divergência entre o STJ e o STF envolveu a incidência do ICMS sobre serviços de habilitação de telefonia.⁴⁷ Inicialmente, o STJ pronunciou-se que o serviço de habilitação de telefonia não sofria a incidência do imposto estadual, pois consistiria em uma atividade-meio que viabilizaria a atividade-fim que é a telefonia. Esta sim estaria sujeita ao ICMS.

45 RE 377.457, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe-241*, 18-12-2008.

46 RE 381.964, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe-241*, 18-12-2008.

47 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 37-38.

Frisa-se que tal decisão foi tomada sob o rito dos recursos repetitivos⁴⁸. Ocorre que o STF, ao se manifestar sobre o tema, entendeu, inicialmente, que se tratava de matéria infraconstitucional, e que, portanto, eventual ofensa à Constituição Federal seria “reflexa”. Todavia, no ano de 2011, o STF resolveu analisar a matéria, provocando uma guinada de entendimento, inicialmente, na questão da admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo que no mérito, manteve o entendimento do STJ⁴⁹. De todo o modo, houve uma reviravolta na questão da admissibilidade do dito recurso, fator este que por si só compromete o princípio da segurança jurídica.

Note-se que nos dois últimos casos há um problema relacionado à competência recursal do STF e do STJ, sendo inevitável a crítica referente à artificialidade da divisão de competência entre os referidos tribunais. Por conseguinte, com bem pontuou Teresa Arruda Alvim Wambier, “o jurisdicionado não pode confiar no precedente do STJ, pois poderá vir a ser modificado pelo STF, quando entender que a questão é também (ou somente) de índole constitucional.”⁵⁰ Em outras palavras, mais insegurança jurídica.

Outro caso complexo de oscilação jurisprudencial entre dois Tribunais Superiores se deu entre o STF e o TST, sendo que o caso refere-se à necessidade de motivação do ato de dispensa de empregado público contratado ou concursado de empresa pública ou sociedade de economia mista.⁵¹ Isto porque o TST sempre entendeu que a motivação era exigida somente nos casos da Empresa Brasileiro de Correios e Telégrafos, em razão de estar equiparada a Fazenda Pública, tanto que editou a Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI. Todavia, o STF, no ano de 2012, julgando o RE

48 REsp 816.512/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 08/09/2010, *DJe* 13/10/2010. No mesmo sentido: REsp 1.176.753/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 28/11/2012, *DJe* 19/12/2012.

49 RE 572.020, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux. *DJe*-199, 10-10-2014.

50 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 37.

51 Registro aqui que o referido caso chegou ao conhecimento deste autor através do Dr. Radson Rangel F. Duarte, juiz titular da 2º Vara do Trabalho de Itumbiara-GO.

589.998⁵², entendeu que o ato de dispensa depende, em qualquer situação, de motivação, contrariando assim o entendimento sedimentado da referida OJ SDI 247.

Por último, cite-se também o recente posicionamento do STF referente ao prazo prescricional para a cobrança de valores referentes ao FGTS, que, nos termos do Enunciado 362 da Súmula do TST, era de 30 (trinta) anos, sendo este entendimento alterado pelo STF no julgamento do ARE 709.212, passando a ser de 05 (cinco) anos.⁵³

Diante deste quadro ora apresentado, é possível concluir que no Brasil não existe uma cultura de respeito aos precedentes. É comum a existência da chamada “jurisprudência ziguezague”, o que acaba por comprometer a credibilidade do Poder Judiciário, que acaba se tornando um sistema de “loteria”⁵⁴, comprometendo assim o princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

Além desta problemática, verifica-se que no Brasil estamos iniciando o estudo da teoria da decisão judicial, além do que não há uma compreensão sobre o papel da hermenêutica jurídica. Além disso, boa parte da doutrina deixou de exercer sua função crítica, passando apenas a reproduzir e a esquematizar o que os Tribunais vêm decidindo, justamente com o objetivo de ensinar os jovens a superar os exames da OAB, Magistratura, Ministério Público, Procuradorias, etc. Em suma, a doutrina perdeu sua essência, como bem assevera Otavio Luiz Rodrigues Junior:

Longe de pensar sistemas, formular abstrações e fornecer dados ao juiz, essa doutrina (dogmática judicializada) é escrita a partir do que já pensaram os juízes em seus

52 RE 589998. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Dt. Julgamento: 20/03/2013. Data de publicação: 12-09-2013).

53 ARE 709212, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014.

54 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

acórdãos. Não há margens para erros ou desvios. O doutrinador concede ao estudante a visão dos tribunais. Nada além disso. Quando muito, alguma posição acessória de crítica discreta ou de aplauso eloquente. O doutrinador surge como o autômato, o organizador de jurisprudência em blocos, esquemas e sumas do pensamento do tribunal. O leitor deve comprar a novíssima edição, pois, a cada ano, com a mudança de humores nas Cortes, a obra está desatualizada. Não pela revogação da lei, mas pela alteração de entendimento do pretório.⁵⁵

Ademais, os Tribunais passaram a exercer a função jurisdicional ignorando justamente o papel da hermenêutica e da própria doutrina, resultando em decisões discricionárias que acabam por comprometer o princípio da segurança jurídica e, por consequência lógica, o próprio Estado Democrático de Direito. O melhor exemplo desta discricionariedade pode ser visto no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, que, no julgamento do AgRg em ERESP n.º 279.889/AL, assim se expressou, não ficando, ao menos, imune de críticas⁵⁶:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou

55 JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação doutrinária em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

56 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24-25.

Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Ora, nos tempos atuais (pós-segunda Guerra Mundial), redesenhou-se o constitucionalismo, e, conseqüentemente, o direito processual, que passou a ser interpretado à luz da Constituição. Logo, houve uma reestruturação da teoria das fontes, da teoria da norma e da teoria da interpretação, chegando-se a conclusão de que a mera subsunção da norma ao fato não é mais suficiente para a aplicação do direito.

Com a diferenciação entre texto de lei e norma, sendo este último o produto da interpretação, tornou-se fundamental compreender o papel da hermenêutica, pois é no ato da interpretação que o texto de lei ganha sentido, extraindo-se a norma jurídica aplicada ao caso concreto.

Por oportuno, cumpre salientar que nos sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a sua fonte primordial de direitos, o papel da interpretação se potencializa, tendo em vista a possibilidade de cada juiz dar

aos textos legais a interpretação que melhor lhe convenha, o que, no nosso sentir, não se mostra correto. Este entendimento também é adotado por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao afirmar que “o juiz deve ter como pano de fundo a regra de que só há uma decisão correta para aquele caso” sendo “um pressuposto operativo de funcionamento ou de operabilidade do sistema”.⁵⁷

No mesmo sentido é o pensamento de Ronald Dworkin, para quem, mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), o juiz tem o dever de encontrar o direito que as partes têm, não podendo inventar novos direitos retroativamente.⁵⁸ Em suma, Dworkin mostra-se contrário à ideia de que o juiz tem discricionariedade no momento de decidir.

A importância da hermenêutica ainda ganha notoriedade em face da utilização, pelos nossos legisladores, de expressões abertas e de conceitos vagos e indeterminados, justamente com o objetivo de permitir que o direito acompanhe a evolução da sociedade, conforme dito linhas pretéritas.

Ocorre que não pode um mesmo conceito jurídico ser compreendido diversamente por cada juiz, sob pena de ser ter um caos jurídico. Daí a importância da hermenêutica e da doutrina como um elemento a fim de subsidiar decisões judiciais uniformes, corretas, conferir previsibilidade e segurança jurídica, evitando, com isso, decisões discrepantes.⁵⁹

Da mesma forma não podemos admitir decisionismos e discricionariedades na atividade jurisdicional, ou, como diz Lenio Streck, o “solipsismo judicial” ou “decisões proferidas de acordo com a consciência do

57 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 30.

58 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.127.

59 Nesse sentido é a observação feita por Luiz Guilherme Marinoni: “O advogado de common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não.” Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 562.

julgador”.⁶⁰ Ao contrário, deve-se buscar sempre a resposta correta para o caso em questão, ainda que se trate de um caso difícil (*hard case*). Em outras palavras, o solipsismo judicial gera insegurança jurídica, pois permite que o juiz decida do jeito que sua consciência mandar, ignorando a coerência e a integridade do sistema, o que nos leva, indubitavelmente, ao pensamento de Dworkin sobre a atuação do juiz no contexto do romance em cadeia (*chain novel*).⁶¹

Portanto, enquanto não nos conscientizarmos de que o Poder Judiciário deve exercer sua função típica com o auxílio da doutrina e da hermenêutica, tendo ainda como operativo funcional a premissa de que só existe uma decisão correta para o caso, e que esta decisão deve ser construída deixando de lado qualquer carga de subjetivismo e discricionariedade, ainda teremos muitas decisões absurdas, um montante de decisões conflitantes e uma jurisprudência “zigzague”, comprometendo o princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, o próprio Estado Democrático de Direito.

5. As consequências da insegurança jurídica

Arroladas as causas de insegurança jurídica – social, legislativa e jurisdicional – torna-se imperioso analisar as suas consequências.

A primeira delas, sem sombra de dúvida, consiste no definhamento do Estado Democrático de Direito, do qual o princípio da segurança jurídica é um dos seus corolários, de modo que a ausência de segurança incrementa a instabilidade social.

Além desta violação ao Estado Democrático de Direito, podemos ainda citar, com amparo na doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, que se

60 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-109.

61 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271-331.

vale das lições Albert Kocourek, que a insegurança jurídica causa os seguintes males:

1. Negócios comerciais frequentemente não são concluídos até que as partes possam ter certeza sobre os riscos jurídicos envolvidos e em que medida podem ser evitados. Esta desvantagem se manifesta principalmente sob a forma de perda econômica, com despejas jurídicas;
2. A litigiosidade é estimulada nos casos duvidosos;
3. Transações podem ser inteiramente impedidas por causa da incerteza jurídica; (...)
4. A incerteza jurídica compromete a força moral do direito; (...)
6. A administração da justiça carecerá de uniformidade nos casos de incerteza do direito. (...)
9. Quando o direito é incerto, o governo é dos homens e não da lei ⁶²

Logo, a falta de segurança jurídica acaba trazendo prejuízos de ordem econômica, comprometendo investimentos e até mesmo a celebração de negócios jurídicos, acarretando ainda um aumento do custo com despesas jurídicas.

Além desta consequência de ordem econômica, a falta de segurança jurídica resulta em um aumento da litigiosidade. Ora, se o cidadão não sabe como um tribunal pensa e, mesmo se pensa de determinada forma, é comum a mudança de seu entendimento, então porque não litigar e ir até as últimas instâncias. Dessa forma, quando a mesma situação fática é decidida de maneira diametralmente oposta, a mensagem transmitida ao jurisdicionado é de que ambas as partes podem ter razão. Trata-se de um incentivo à

62 KOCOUREK, Albert. An introduction to the Science of law, Little, Brown and Company, 1927, Boston, §40, p. 178-179. apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 33.

litigiosidade, como bem ressaltado por Bruno Dantas.⁶³ Em outras palavras, um “judiciário de loteria” implica no aumento considerável da litigiosidade.

Sobre este tema, Evaristo Aragão Santos, em artigo publicado na Revista de Processo, assevera:

A diversidade jurisprudencial e o desrespeito aos precedentes geram uma reação em cadeia. Quanto menor for o respeito ao precedente jurisprudencial, maior será o volume de postulações ao Judiciário, especialmente pela via dos recursos. Não ter posição firme a respeito de determinado tema dentro do tribunal, por exemplo, é o sinal verde (e, diga-se de passagem, legítimo) para que o jurisdicionado arrisque sua sorte na postulação da tutela de seu interesse perante o Judiciário, quer pela via da petição inicial ou, como ocorre mais comumente, pela via recursal. O resultado todos conhecemos: volume expressivo de demandas e recursos, sempre na esperança de que, em algum momento, o interesse postulado alcance a proteção almejada, ainda que, desde o início dessa demanda, já existisse posicionamento majoritário em sentido contrário

64

Este também é o entendimento de Luiz Henrique Volpe Camargo, que compreende a dispersão de entendimentos jurídicos em uma fonte interminável da utilização de recursos, pois se o Poder Judiciário tem entendimento vacilante sobre determinada questão jurídica, evidentemente que

63 DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: **Justiça e Cidadania** n.149. jan/2013, Rio de Janeiro: JC, 2013, p. 29-30.

64 SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje se corre a criatividade jurisprudencial. **RePro** 181/43, São Paulo, mar. 2010, p. 39-40.

se o jurisdicionado tiver condições de suportar os custos, interporá todos os recursos cabíveis para fazer aplicar no seu caso a solução que lhe favoreça, sendo que este mesmo fenômeno se identifica com o ajuizamento de novas ações, pois se o entendimento do Judiciário é vacilante, todos ingressam em juízo para tentar a sua sorte.⁶⁵

Além deste aumento do número de ações ajuizadas, a falta de segurança jurídica acaba por comprometer a moral e a credibilidade do Poder Judiciário, que fica totalmente arranhada. Nesse ponto, com razão Pedro Miranda de Oliveira, ao asseverar que quando um órgão julga de um jeito e outro de modo diverso, instaura-se uma atmosfera de incerteza com a consequência de se retirar a credibilidade social da administração da justiça.⁶⁶

Ora, como pode um Poder ser respeitado se o direito da parte fica a mercê da sua sorte no distribuidor? Como ter credibilidade se tudo gira em torno de se ter a sorte de cair em determinada vara ou turma do tribunal? Ou pior, em determinada turma de tribunal superior, cuja função é uniformizar a legislação infraconstitucional ou dar a última palavra em matéria constitucional?

A conclusão a que se chega é que a falta de segurança jurídica, materializada, principalmente, na falta de uniformidade de entendimento de nossos Tribunais, na existência de decisões discricionárias e no “caos legislativo” existente, proporciona um sentimento de desconfiança no jurisdicionado. Isto gera um aumento da litigiosidade, o que acaba por emperrar a atividade jurisdicional, tornando letra morta o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), além de comprometer a credibilidade do Poder Judiciário.

Ademais, esta insegurança jurídica ocasiona prejuízos de ordem econômica, pois sem o mínimo de previsibilidade não há como celebrar negócios jurídicos, já que este se torna uma atividade de alto risco.

65 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 578-579.

66 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 680.

Portanto, a falta de segurança jurídica compromete a credibilidade do direito e, como decorrência lógica, do Estado Democrático de Direito, pois não há um Estado que pretenda ser de Direito sem segurança jurídica.

6. Conclusões.

Como visto, as causas de insegurança jurídica são de ordem social, legislativa e jurídica.

As causas de ordem social se confundem com o atual momento em que vivemos, de excesso de informação, pluralidade de valores e de rápida transformação social, ou seja, vivemos em uma sociedade líquida e de “alta velocidade”, na qual são exaltados os valores mudança, flexibilidade e mobilidade. Estes fatores, por sua vez, implicam numa atuação por partes dos atores jurídicos, resultando no seguinte paradoxo: “o legislador, para assegurar os interesses dos cidadãos e para orientar a sua ação, age com rapidez; mas, exatamente porque o faz desse modo, termina legislando de maneira equivocada, o que exige a edição de novas normas destinadas a retificar as anteriores. O paradoxo é este: se o legislador age rápido, age mal e tem que rever os seus atos, o que provoca insegurança; se demora, não assegura os direitos reclamados pelos cidadãos, nem os orienta, criando um estado de insegurança. Em busca de garantir segurança, o legislador termina criando insegurança.”⁶⁷

Do ponto de vista legislativo, há um excesso de leis que, em sua maioria, não apresentam a qualidade que dela se espera, tanto que o percentual de leis declaradas inconstitucionais pelo STF é assustador. Ademais, vimos que o legislador costuma utilizar artifícios para alterar o ordenamento jurídico, tais como as “leis ônibus”, assim como as “caudas legislativas”, sem se esquecer das chamadas “leis propagandas” ou “leis descafeinadas”, que em nada contribuem para a solução dos nossos

67 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50-51.

problemas, já que são editadas somente para responder aos anseios pontuais da população.

Do ponto de vista jurisdicional, as causas que geram insegurança jurídica são a falta de uniformidade dos nossos tribunais, já que cada um decide ao bel prazer, como se fosse um aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, bem como a jurisprudência ziguezague, o que compromete a credibilidade do Poder Judiciário, que acaba se tornando um sistema de “loteria”. Ademais, no Brasil não existe uma teoria consolidada sobre decisão judicial, sendo relegado para um segundo plano a doutrina e a hermenêutica, o que acaba por culminar no chamado solipsismo judicial.

Estes três fatores, combinados, contribuem para um estado de insegurança jurídica que, por sua vez, traz prejuízos de ordem econômica, proporciona um aumento da litigiosidade e compromete a moral e a credibilidade do Poder Judiciário, definindo, desta maneira, o Estado Democrático de Direito, do qual a segurança jurídica é um dos seus pilares.

7. Bibliografia.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013.

_____. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Súmula Vinculante versus precedentes. **Revista de Processo** nº 165. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Jurisdição constitucional e direito fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

_____. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário e a vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado. **Revista de Direito Privado**. v.51, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Lioriatt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p.108-128, abr. 2001.

CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo** nº 199, São Paulo: RT, set. 2011.

COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./mai/jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2013.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4th. Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: **Justiça e Cidadania** n.149. jan/2013, Rio de Janeiro: JC, 2013.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Manole: São Paulo, 2008.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais** nº 782, São Paulo: RT, dezembro, 2000.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HEY, Johanna. **Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem**. Köln, Otto Schmidt, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: RT, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: **Revista de Direito e do Estado**. n. 6, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Antonio Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Coimbra: Coimbra, 1994.

NETO, Orlando Faccini. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje se corre a criatividade jurisprudencial. **RePro** 181/43, São Paulo, mar. 2010.

_____. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica (em) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Súmulas Vinculantes em terrae brasilis**: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 17, n. 78, p. 284-319, mai./jun.2009).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. reform. e atual. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012

_____. (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.