

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO

ANA CLARA SANTOS CAVALCANTE

**APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA:
INSTABILIDADES E LIMITAÇÕES**

Campina Grande/PB

2015

ANA CLARA SANTOS CAVALCANTE

**APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA:
INSTABILIDADES E LIMITAÇÕES**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.
Orientador(a): Prof. Me. Vinícius Lucio

Campina Grande/PB

2015

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

C376a Cavalcante, Ana Clara Santos.
Aplicação do direito jurisprudencial e segurança jurídica: instabilidades e limitações / Ana Clara Santos Cavalcante. – Campina Grande, 2015.
51 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
Orientador: Prof. Me. Vinícius Lucio de Andrade.

1. Poder Judiciário. 2. Segurança Jurídica. 3. Direito Jurisprudencial. I. Título.

CDU 342.56(043)

ANA CLARA SANTOS CAVALCANTE

**APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA:
INSTABILIDADES E LIMITAÇÕES**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Me. Vinícius Lúcio de Andrade
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(Professor Orientador)

Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
Professor Aécio de Souza Melo Filho
(1º Examinador)

Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
Professor Valdeci Feliciano Ramos
(2º Examinador)

A Deus antes de qualquer coisa, pois foi ele que nos deu a vida, e nos dá força para enfrentar as dificuldades que elas nos impõe. Aos meus pais, que sempre me ampararam em todas as fases da minha vida, que me educaram e me fizeram a mulher que sou hoje. A meu amado esposo. E a minha filha, pois é a ela dedico cada dia da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dá sabedoria na escolha do curso de graduação que deveria cursar, por me ajudar nas longas horas de estudo, e me dá força e esperança nos momentos difíceis, me mostrando o caminho correto a seguir. Grata sou pelo conhecimento que adquiri, pelas pessoas que colocasse em meu caminho, pelas portas de trabalho que ainda há de abrir na prática forense.

Minha imensa gratidão ao meu pai Cavalcante e minha mãe Conceição, que são verdadeiros anjos na minha vida, que como se não bastasse o cuidado e amor que têm por mim, dedicam seus dias a me fazer feliz e a zelar pela minha saúde. Foram eles que cuidaram da minha filha com muito amor e dedicação e me proporcionarm dias de tranquilos de estudo. Obrigada pelos pais e avós que são, vocês significam para mim mais do que podem imaginar.

Obrigada por meu esposo Cléssio, por cuidar da nossa filha Ana Cecília para que eu pudesse frequentar a universidade e não interromper meus estudos. À minha filha Ana Cecília que deu sentido a minha vida e me deu força para concluir o curso.

Agradeço também aos nobres professores, de um modo geral, que transmitiram seus ensinamentos de forma dedicada e compreensiva, contribuindo imensamente em nossa formação acadêmica. Quanto aos professores, meus sinceros agradecimentos ao professor Vinícius Lúcio, o qual Deus colocou na minha vida acadêmica e me apresentou o tema a ser abordado nessa monografia, obrigada a ele pela disponibilidade, pela atenção e pela orientação cuidadosa na realização deste trabalho.

“O dever dos juizes é fazer justiça; a sua profissão, a de deferi-la. Alguns conhecem o próprio dever e exercem a profissão”.

Jean de la Bruyere

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar de que forma a instabilidade das decisões jurisprudenciais afetam a segurança jurídica da sociedade e consequentemente a confiança no Poder Judiciário. Para tanto, inicialmente se fará uma análise histórica quanto a transição do positivismo e pós-positivismo, e se analisará a segurança jurídica no pós-positivismo, onde foi inserida uma intensa carga valorativa, tornando mais complexa a atividade do juiz, que no positivismo era mero aplicador da lei, e como o pós-positivismo passa a interpretar passando por tanto a emitir juízo de valor sobre o caso concreto e a norma a ser aplicada. No capítulo seguinte será realizada uma análise conceitual e doutrinária a respeito da Jurisprudência, suscitando o fato dela ser ou não fonte de direitos, e questionando sua função no judiciário, os fatores que causam sua instabilidade e a necessidade de uniformização como critério reestabelecedor de estabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais. Logo em seguida par-se-á a fazer uma análise crítica quanto a hegemonia judicial, que é caracterizada pela interferência dos juízes no processo de criação de direitos, onde é discutida a controvérsia concernente, já que estes estão agindo como se verdadeiros legisladores fossem. Nessa seara se fará uma explanação sobre o desrepeito a lei, e a existência de decisões contra legem, elencando de forma exemplificativa decisões contra legem que apontado que a lei é constantemente alterada mediante decisões judiciais. Por fim procura-se demonstrar através de pesquisas de opinião a queda da confiança no poder judiciário, que tem como principal fator a instabilidade das decisões judiciais.

Palavra-chave: segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, Jurisprudência, uniformização, decisões *contra legem*.

ABSTRACT

This trabalho has the scope demonstrar how the instability of court decisions affect the legal certainty of society and therefore confidence in the Judiciary. For that, initially make a historical analysis as the transition from positivism and post-positivism, and examine the legal certainty in post-positivism, which was inserida an intense evaluative load, making more complex the activity of the judge, who was in positismo mere law enforcer, and as postpositivism passoa to interpret through both make value judgment on the case and the standard to be applied. The next chapter will be held a conceptual and doctrinal analysis concerning the Jurisprudence, sucitando the fact that it is or not a source of rights, and questioning their role in the judiciary, the factors causing instability and ncesseidade of uniformity as reestabelecedor stability criterion and predictability in judiciais decisions. Soon the following section shall be couple to make a critical analysis as the judicial hegemony, which is characterized by interference of judges in the process of creating rights, which is discussed controversy concerning, as they are acting as if they were true legisladores. In this area will be an explanation of the desrepeito the law, and the existence of decisions against legem, elecando so exemplary decisions against legem who pointed out that the law is constatemente changed by judicial decisions. Finally looking demonstrar through opniões surveys the fall of confidence in the judiciary, whose main factor to instability of judicial decisions.

Keyword legal: certainty , predictability , stability , Jurisprudence , standardization , decisions against legem

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – A CRISE DO POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO.....	11
CAPÍTULO 2 – A SEGURANÇA JURÍDICA NO PÓS-POSITIVISMO.....	20
CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS.....	28
3.1 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO.....	31
CAPÍTULO 4 – HEGEMONIA JUDICIAL E A DIVERGÊNCIA ENTRE JURISPRUDÊNCIA E A LEI	39
4.1 EXEMPLOS DE DECISÕES <i>CONTRA LEGEM</i> e a QUEBRA DA CONFIANÇA DA SOCIEDADE NO JUDICIÁRIO.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

Através da presente monografia busca-se realizar uma análise crítica da Aplicação do Direito Jurisprudencial no Sistema Jurídico Brasileiro, partindo do pressuposto de que na atualidade a Jurisprudência é dominante e que por isso houve uma relativização da Legislação, tendo como ideia precípua que não se pode reduzir a aplicação do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa mas que não é pode ser considerada Justa ao caso concreto.

Inicialmente se abordará elementos históricos relativos a segurança jurídica no Positivismo e pós-positivismo, partindo da análise das características de cada pensamento, e por conseguinte, traçando as causas da superação do positivismo, transição esta que apresentou como principal causa a necessidade da sociedade de adequar o direito a nova realidade social através da inserção de intensa carga valorativa no direito.

Nesse contexto, a jurisprudência será abordada como reflexo dos valores pós-positivistas, onde a interpretação se torna importante mecanismo de aproximação da norma positivada ao caso concreto.

Diante da vasta abordagem sobre o tema ao longo da história o estudo incluirá uma análise doutrinária sobre o tema. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, realizando análise de teorias existentes, formulação do problema em torno da aplicação da jurisprudência como fator de instabilidade jurídica e formulação de proposições que resolvem o problema.

No que se refere a Segurança Jurídica veremos que ela é como amplamente tutelado pela constituição pátria e que vem sendo abalada devido a instabilidade das decisões jurisprudenciais, uma vez que a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável.

O objetivo central é discutir se a Jurisprudência é instrumento de segurança ou instabilidade jurídica, em um contexto de diferentes e incompatíveis posicionamentos nos Tribunais brasileiros a respeito do mesmo fato e/ou mesma norma jurídica pois, muitas vezes, as decisões judiciais causam, na sociedade, uma grande perplexidade e insegurança jurídica, que põe em jogo toda confiança, previsibilidade, estabilidade e calculabilidade das decisões judiciais.

Assim, no tocante a hegemonia judicial, se abordara a insegurança gerada pela instabilidade jurisprudencial e do deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo para o âmbito do Judiciário, abordando nesse âmbito o princípio da separação dos três poderes com a descentralização do judiciário, buscando, compreender de que forma se manifesta as diferenças entre interpretação/aplicação e criação do direito pelo Poder Judiciário onde se constatará uma verdadeira atuação dos juízes como se legisladores fossem.

Bucando, também, explicar a razão do “por que ” do direito jurisprudencial não vem em todos os casos interpretar e aplicar de forma mais justa a lei ao caso concreto, sendo esta instável e de confiabilidade duvidosa.

Quanto aos objetivos específicos, procurasse responder para uma série de questionamentos advindos da aplicação do direito jurisprudencial no judiciário brasileiro, dentre os quais destaco: Quais as consequências da interferência judicial no âmbito de criar Direitos? Se o direito jurisprudencial pode ser considerado como fonte de direito? Se a jurisprudência vincula as decisões judiciais constituindo norma imperativa como fonte normal do direito positivo? Por que a jurisprudência não atua mais como fator de previsibilidade das decisões? Qual a causa da instabilidade jurisprudencial no judiciário pátrio, e quais as consequências? Quais as técnicas previstas no ordenamento de uniformização da jurisprudência? Qual a importância da uniformização jurisprudencial?

Na busca de responder tais problemáticas, será realizada uma análise crítica sobre as interpretações jurisprudenciais, quanto a necessidade de uniformização e os reflexos da sua flexibilidade, bem como as suas consequências nas decisões judiciais e na segurança da sociedade para com o Poder Judiciário, elencando como meio comprobatório pesquisas de opinião que apontam a queda da confiança no judiciário.

Ainda concernente a confiança no Poder judiciário, será apontado decisões judiciais contra a lei como forma demonstrar que a lei é constantemente alterada mediante decisões judiciais.

Desta forma, convém questionar qual o direito que deve ser aceito, a Lei que não é aplicada ou a jurisprudência, que embora contra a lei, vem sendo admitida? pois tal problemática traduz bem o que acontece na prática forense, onde a incerteza nas decisões judiciais é a única garantia que temos, pois o fato de haver

uma norma positivada não nos garante que o que ela preceitua será aplicada e o mesmo ocorre quanto a jurisprudência, da qual se quer ha uniformização.

Assim o que me induziu a abordagem desse tema foi o fato de verificar na prática que o direito é alterado sim, pelos juízes, através das mais diversas jurisprudências que divergem com o que a lei determina, e isso vem dificultando a atividade da advocacia que sequer pode prever ou orientar ao seu cliente qual o entendimento do juiz sobre seu caso, já que vários tornou-se corriqueiros haver sobre o mesmo tema entendimentos conflitantes.

Além da classe de advogados, destaco ainda a sociedade como principal vítima da instabilidade das decisões judiciais, por não ter como se orientar de forma certa e previsível diante da controvérsia inerente as decisões jurisprudenciais, posto que o entendimento hoje pode amanhã ser alterado, sem qualquer preocupação com o que a lei preceitua, gerando um sentimento de insegurança e incerteza jurídica.

CAPÍTULO 1 – A CRISE DO POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

O positivismo jurídico surgiu com a formação do Estado Moderno, segundo a qual não existia outro direito senão o positivo, em que o Estado concentrava todos os poderes monopolizando a produção jurídica por ser ele legítimo representante do povo¹, e portanto, os únicos legitimados para confeccionar a lei.

Assim o positivismo nasceu do impulso histórico para a legislação quando a lei se tornou fonte exclusiva do direito e o seu resultado último passou a ser representado pela codificação.

Esta centralização surgiu da necessidade de proteger a sociedade contra arbítrios dos governantes, que baseavam suas decisões em valores jusnaturais e isentas de qualquer segurança jurídica e estabilidade² que deixava a sociedade a mercê dos desmandos dos soberanos absolutistas.

Dessa forma, almejava-se afastar os valores jusnaturalistas, buscando em contra partida a segurança jurídica e a objetividade que resultou numa supervalorização ao diploma normativo. Assim a lei passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiológicos, defendidos como valores no jusnaturalismo.

A sociedade tinha a necessidade de se conduzir de forma previsível e calculável, para tanto, deveria ser oportunizada a ela que se saiba previamente o que o indivíduo deve fazer ou de que forma responderá caso descumpra uma norma, por isso a conduta humana necessitava ser regulada positivamente por um ordenamento jurídico.

Nesse contexto, nasceu a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador, de onde adveio a visão absolutista e a concepção liberal. Na ótica absolutista a teoria eliminava os poderes intermediários e atribui um poder pleno e exclusivo ao legislador, já sob ótica liberal, representando uma garantia do

¹ Neste ponto, notória o ensinamento de CANOTILHO, quando trata da representação política: “tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo.”(CANOTILHO,2003,P113)

² Barroso (2007,p.27) aborda que o Positivismo surge, então, em contrapartida, ao jusnaturalismo, com vistas a buscar a objetividade do sistema e, para tanto, “equipara o direito a lei” (Barroso, 2007, p.22).

cidadão contra arbitrariedades do Juiz, pois este não teria como julgar de acordo com suas conveniências, já que obrigado a normas iguais para todos.

Uma boa análise do positivismo encontramos na obra de Norberto Bobbio, “O positivismo Jurídico”, Lições de filosofia do direito, onde se retrata que com a formação do Estado Moderno o juiz tornou-se um autêntico funcionário do Estado subordinado ao legislativo, devendo buscar a resolução das controvérsias segundo regras emanadas deste órgão. A partir de então, o direito natural e o positivo não eram aplicados da mesma forma: direito positivo era tido como único e verdadeiro direito, pois emana do poder Legislativo, cabendo ao judiciário apenas se restringir a aplicá-lo.

Sobre este tema temos como importantes doutrinadores Kelsen³, Montesquieu, Beccaria. Em seu livro *L'Esprit des lois* (1748) Montesquieu expõe a teoria da separação dos poderes em que a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei, e declara que: “Se os juízos fossem veículo das opiniões particulares dos juizes viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigação assumir”, assim a subordinação à lei vem a garantir a segurança jurídica, e a função do juiz era ditar o prescrito em lei e a ela estar invariavelmente preso, isto era interpretar uma lei, devido a seu caráter vinculativo e obrigatório.

Logo a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). Para Hans Kelsen, em sua teoria Pura do Direito⁴, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências e da moral, ou seja, deveria ser desprovido de valores, e nesse contexto a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico.

Já Beccaria resgata a ideia de subordinação através do “princípio da estrita legalidade do direito penal” e afirma que “... somente as leis podem decretar as

³ Quanto a validade da norma, explica Kelsen (2009) que se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo.

⁴ Na teoria Pura do Direito de Hans Kelsen as fontes do direito “tem que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajudiciárias, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente”.

penas sobre os delitos e esta autoridade só pode residir junto ao legislador, que representa a sociedade...”.

Outro doutrinador que contribuiu para o positivismo foi Hebert Hart ao abordar como ponto central do positivismo a verificação da validade da norma, diante disto o ponto relativo a justiça da aplicação da norma restringia-se ao aspecto de sua validade, sob o prisma formal (HART, 1996)

Segundo Bobbio, o positivismo jurídico apresenta sete características marcantes: *a)* a abordagem avaliativa do direito; *b)* o direito definido em função da coação; *c)* a lei como fonte do direito, sem descartar os costumes e a jurisprudência que não contrariem a lei; *d)* a norma jurídica entendida como um comando; *e)* a unidade, completude e coerência do ordenamento jurídico; *f)* a interpretação mecanicista (o juiz só declara o direito); e *g)* a teoria da obediência (BOBBIO, 1995. p.131-133).

Dessa forma, o positivismo possibilitou a conquista de consistentes fundamentos para o direito, na busca da efetivação da segurança jurídica e da liberdade, criando parâmetros limitadores as atrocidades dos reis. No entanto sua falha estava em limitar sua aplicação sem oportunizar a interpretação e aplicação mais justa ao caso concreto, como relata Aguiar, ao afirmar que o positivismo não conseguiu encontrar a solução mais adequada diante da “fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça” (AGUIAR, 2004, p. 151).

Tal objetividade e coercibilidade, no entanto, não se mostraram totalmente eficazes ou isenta de falhas, pois várias são as situações que poderiam sujeitar a atividade do juiz a dificuldades e ensejariam uma abertura valorativa para suprir suas lacunas, como por exemplo no caso de obscuridade, a insuficiência e ou silêncio da lei.

A superação do positivismo conduziu ao abandono da preocupação com a correção formal da lei, ideal do positivismo jurídico e as atenções voltaram-se para o conteúdo da norma. Com isso foi gerado espaço para uma nova forma de ver o Estado e a própria Constituição, passou a se enxergar um limite para onipotência do legislador, como afirma Hobbes, no *De cive*, Cap XIV, §14, ser “impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias que surgir”.

Ainda no tocante a Teorias da Norma Jurídica de acordo com o sistema da livre descoberta do Direito, Kelsen afirma que nenhum caso é exatamente igual a outro, de que cada caso deve ser analisado de acordo com suas particularidades: “[...] não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos, de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação” (KELSEN, 2009, pg. 176). Ainda segundo o pensamento de Kelsen, o resultado dessa descentralização da criação do Direito faz com que “[...] este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica” (KELSEN, 2009, pg. 176).

A importância atribuída ao conteúdo da lei e a aproximação entre positivismo e uma forte carga interpretativa materializaram-se em princípios, que abrigados na Constituição, sustentam sua força normativa. Deste momento em diante foi atribuído ao direito um aspecto humanitário rompendo a análise quanto a legitimidade do Direito simplesmente pela observância de suas formas e da autoridade da qual emanou.

Esta fase representou uma crise do positivismo jurídico, posto que ele almejava transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência que tinha como característica principal sua avaloratividade, isto é, numa completa separação entre juízo de valor e juízo de fato, e se resumia no conhecimento puramente objetivo da realidade.

Note-se, por tanto, que o direito posto pelo Estado passou a não mais significar necessariamente o direito posto pelo legislador, visto que nas leis não estão contidos os princípios, embora sejam eles que permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso.

Outra razão que acarretou na crise do positivismo foi o pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna que passou a enxergar no direito positivado soluções absurdas e desproporcionais, conforme relata MARMELSTEIN (2008, pag.10) traça sobre a nova visão da sociedade pós-moderna sobre o direito:

[...]se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da Lei (...), o legislador, mesmo representado por uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos. sobre a necessidade de haver na atividade jurídica um conteúdo humanitário.

Nasce então uma crise de representatividade do legislativo, que antes era tido como único legitimado para confeccionar a lei, sob o respaldo de ser esta a maneira

mais garantida de gerar segurança jurídica e objetividade, censos de justiça estes que foram abalados diante de flagrantes decisões arbitrárias e injustas, como as que permearam o facismo e o nazismo, e que não poderiam mais serem aceitas. Neste ambiente de vulnerabilidade e insegurança surgiu, juntamente com o neoconstitucionalismo, o pós positivismo.

O pós-positivismo, surgiu assim como forma a corrigir o extremismo positivista, corroborando a concepção de que o Direito não seria somente um sistema de regras, como queriam os preceptores do juspositivismo, mas sim um sistema que conjuga, ao lado daquelas, os princípios jurídicos e valores onde ambos desempenham funções diferentes, não se podendo falar em primazia de uma norma em detrimento de outra.

Com a formação do Estado Social e do pós-positivismo houve uma importante conquista para o Direito, pois o Judiciário passou a admitir o juízo de equidade, permitindo ao juiz decidir segundo sua consciência e o próprio senso de justiça baseando-se no caso concreto, exigindo do magistrado uma postura mais livre, de modo que não se restringia a decisão a mera aplicação da norma, havendo uma conjugação entre os ditames dos enunciados legais e os postulados principiológicos.

Assim, o pós-positivismo cria sustentação jusfilosóficas para que se possa buscar parâmetros de justiça ou equidade, onde decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça pela simples e aplicação da letra fria da Lei não mais pode ser aceita incondicionalmente, tal preceito deve-se ao fato de ser a atividade do interprete um ponto preponderante no pós-positivismo, já que esta não consiste em “meramente descrever um enunciado previamente existente dos dispositivos”(AVILA,2009,p.32), o intérprete constrói o significado da norma, pois seu texto tem “um sentido todavia por precisar” (ALEXY, 2008, p.34).

Nesse sentido, valioso o ensinamento de RADBRUCH (2004. Pg. 416), ao traçar que a lei não vale por ser lei, isto é, a concepção de validade em questão não se basta na formalidade, deixando o povo e os juristas á mercê de leis arbitrárias, cruéis e criminosas.

Para Barroso (2005, pg 22), o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.

Em suma, as principais características desse novo posicionamento teórico são: a) abertura valorativa do sistema jurídico ao considerar princípios como verdadeiras normas jurídicas e o aumento da força política/decisória do judiciário

Diante dessas novas características surgem novos desafios que marcam a evolução do Direito, dentre os quais se destaca a ponderação na aplicação de princípios e regras, já que os princípios ultrapassaram a clássica característica de técnica de integração do direito para regular situações jurídicas, atribuindo-se ao direito uma compreensão muito além da “letra da lei”, acolhendo uma leitura mais ética e moral.

Incorpora-se a norma uma verdadeira filosofia do direito, já que os princípios abriram uma via de penetração moral no direito positivo, sob uma ótica de “dever ser” que demandaram a necessidade de descrever, compreender e melhor operacionalizar a norma. Os juízes, notadamente, passaram a desenvolver suas funções debaixo de novos parâmetros interpretativos e argumentativos a partir dos quais o raciocínio judicial se torna muito mais complexo.

A tarefa do juiz excede o papel de mero aplicador da norma para a posição de interprete, tornando-se figura ativa no processo de criação do Direito ao trazer ao processo valorações e realizando a melhor escolha dentre as soluções passíveis. Passa a se exigir que se tornem filósofos, conforme assevera Dworkin (1999), ao tratar do poder discricionário dos juízes para deliberar o caso de uma maneira ou de outra e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.

Dessa forma, o verdadeiro sentido que se dá a normatização dos princípios ao sistema normativo e o sistema da livre apreciação do juiz é assegurar um resultado “justo”. A decisão perde seu caráter abstrato e coercitivo para que dê lugar a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, sempre atinente ao contexto fático para argumentar com racionalidade e trazer fundamentações.

A propósito, cabe registrar que através do pós-positivismo se tornou constante e forçoso eliminar os conflitos que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática, no entanto tal tarefa não se mostra simples, pois o interprete deve saber discernir se cabe decidir com predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto.

Dentre tantas transformações em relação a norma e sua interpretação respeitável é o ensinamento de Luiz Roberto Barroso⁵, quando trata do reconhecimento da normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação as regras como um dos símbolos do pós positivismo e da função do interprete em aplica-los conforme sua discricionariedade.

A atividade jurisdicional ganhou outro relevo, a atividade do juiz foi de aplicador á interprete da norma, exigindo a ponderação de normas, bem e valores, para que se proceda á escolha do direito que irá prevalecer no caso concreto. Neste diapasão deve o juiz fundamentar suas decisões, como bem relata BARROSO:

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes(...) Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento(...)(ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Do ensinamento supracitado extraísse que os Magistrados não podem se utilizar da arma da argumentação, para afastar ou distorcer o disposto em lei e decidir conforme suas conveniências e entendimento pessoal para utilizar justificar uma interpretação contra legem, pois tal procedimento vem a subjugar toda segurança jurídica a qual a sociedade sempre almejou, conforme será abordado no capítulo seguinte.

Lênio Luiz Streck, em “O direito de obter respostas Constitucionais adequadas em tempos de crise do direito” delinea a tarefa dos juízes em fundamentar suas decisões como uma obrigação, ressaltando que tal justificação

⁵ BARROSO (2007,fs12), sobre o uso dos princípios no pós-positivismo: “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.(...)Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance”.

deve ser adequada e que no Estado Democrático de Direito isto constitui Direito fundamental. Acrescenta ainda que “A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos)”, como bem ensina Dworkin.”

Hans Kelsen em sua Teoria Pura do direito traz claramente o verdadeiro sentido de interpretar a lei, conforme segue:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente.

[...]

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 - e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa.

Assim, Hans Kelsen defende a ideia de pluralidade de interpretações, dentre as quais o juiz escolhe uma, de acordo com a sua vontade, mas em contrapartida esclarece que não há um critério de direito positivo a disciplinar qual seja a escolha certa a fazer, logo, se extrai que a escolha entre as alternativas é feita de acordo com um critério político-subjetivo (KELSEN, 2009)⁶. Essa nova concepção interpretativa trouxe grande importância na história, principalmente no que se refere a prática da jurisprudência e do uso de precedentes para fundamentar as decisões judiciais, que é objeto de discussões até nos dias atuais.

A jurisprudência, via de regra, deveria resultar na confiança da sociedade quanto aos seus direitos, este seria o método mais adequado de se interpretar aplicar a norma, no entanto a aplicação do direito ao caso concreto pelos órgãos do judiciário muitas vezes contraria o disposto em lei, devido a o poder conferido a

⁶ Sobre o critério político subjetivo sugerido por Hans Kelsen, quanto a pluralidade de opções dentre as quais cabe o juiz deve optar, afirma que “todos os métodos de interpretação até o presente elaborado, conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”. (KELSEN,2009)

estes do livre convencimento do juiz, tema este que será objeto de estudo no capítulo que trata Da Segurança Jurídica.

Como se vê, no pós positivismo há uma multiplicidade de respostas judiciais decorrentes da interpretação e argumentação, e em se tratando de julgamento de casos análogos uma importante ferramenta de justificação jurídica são os Precedentes Judiciais, que é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos, mecanismo que visa evitar que jurisdicionados em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, garantindo a previsibilidade do direito, sua estabilidade e principalmente o tratamento isonômico conforme mandamento constitucional.

CAPÍTULO 2 – A SEGURANÇA JURÍDICA NO PÓS-POSITIVISMO

Diante deste ambiente propício à transformações, paralelo ao pensamento jusfilosófico, surgiu o neoconstitucionalismo que teve como marco filosófico o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética, e como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O caráter principiológico das constituições contemporâneas também é uma característica explorada pelo neoconstitucionalismo. As Constituições do segundo pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de valores e ideais políticos, foi o que ocorreu também em nossa experiência legal, em especial com a inclusão de um largo catálogo de direitos fundamentais e inúmeros princípios jurídicos.

A nova interpretação a Constituição originou a possibilidade de interpretação da constituição de modo extensivo, permitindo a descoberta de inúmeras normas implícitas, que não estão, em princípio, expressas no seu texto.

Quanto a seus reflexos no Brasil, tem-se que antes a Constituição era tratada apenas como uma carta política, destituída de normatividade, figurando como inócua, através do pós-positivismo houve no direito Constitucional uma nova linguagem e sentido normativo, introduzindo inúmeros princípios e promovendo a concretização de valores.

A expressão segurança jurídica não está expressa no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata-se na verdade de um princípio implícito que pode ser identificado pelo contexto do diploma político.

Ao longo da história a Segurança jurídica sempre foi objeto de estudo e reflexão. Dentre os doutrinadores que se destacam neste estudo estão, Beccaria, Montesquieu, Bobbio, Hans Kelsen, Dworkin, Hart, José Joaquim Gomes Canotilho, Aguiar, Humberto Ávila, dentre vários outros.

Nas lições de Humberto Ávila, a Constituição Federal institui um Estado Democrático destinado a “assegurar”, isto é, “tornar seguros” os direitos sociais e individuais, dentre os quais se insere o próprio valor da “segurança”.

Convém observar que a segurança jurídica deriva de regras constitucionais tais como o devido processo legal, como dispõe o artigo 5º, LIV; a inafastabilidade

do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV; submissão dos Poderes Públicos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, como disposto no artigo 37.

O seu art. 5º, II, da Constituição Federal, traz em seu texto proteção a segurança jurídica, quando determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” , consagrando expressamente uma norma-princípio, voltada ao particular e ao princípio da legalidade⁷, pois a este é assegurado fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não vedar.

Outro, e não menos importante instituto normativo que regula implicitamente o princípio em questão pode ser visualizado dentre os direitos e garantias fundamentais, notadamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, o qual determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Imperioso, neste ponto, é o instituto da eficácia vinculante, esculpido no art 102, §2º da CF, bem como no art. 28 da lei 9.868/99, onde se podem citar, como exemplo, as súmulas vinculantes, a repercussão geral e os recursos especial e extraordinário sob o regime das causas repetidas.

Sobre a segurança jurídica, Flavia Pioesan acrescenta que “A segurança jurídica, em si, é um direito fundamental do indivíduo à segurança dos direitos fundamentais que já lhe foram assegurados” (PIOVESAN, IKAWA, pg.47).

Conforme exposto, o princípio da segurança jurídica encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, e junto aos demais princípios gerais do Direito, buscam a proteção à confiança no direito brasileiro contemporâneo, como disserta Mello (2008, p. 124-125), “o Direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”, e acrescenta que “esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma”.

No capítulo anterior onde se abordou o positivismo e o pós-positivista ficou clara a busca da sociedade pela tão almejada segurança Jurídica, e que sempre houve algum grau de insegurança existente em cada época, e que a única forma de

⁷ Segundo Figueiredo (2001, p. 42), o princípio da legalidade surgiu exatamente como uma conquista do Estado de Direito, “a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Por isso, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”.

garantir a ameaçada segurança sempre foi por meio do Direito e da sua aplicação uniforme.

No positivismo, vimos que a ideia de segurança Jurídica estava adstrita a letra da lei, afastando qualquer senso de valor, que resultou numa supervalorização ao diploma normativo, onde o ponto central era a neutralidade do Magistrado perante a lei, em contraponto ao jusnaturalismo.

Com a evolução social, a lei não mais supria os anseios de uma sociedade pós-moderna, pois ao contrário das anteriores, era marcada pelo elevado nível de complexidade, e infelizmente a extrema formalidade da teoria pura deu ensejo a governos autoritários, ao passo que sozinha não acompanhava o seu desenvolvimento e se tornava insuficiente para abarcar todos os acontecimentos.

Através do pós- positivismo todo conceito de segurança jurídica foi repensado, a começar pela forma de garantir sua efetividade, pois a validade da norma não se restringia mais a sua observância formal.

Conforme já esboçado no capítulo anterior, incluiu-se como requisito para garantia da Justiça um aspecto humanitário ao direito através de uma sustentação jusfilosóficas na busca de parâmetros de equidade, exigindo do magistrado uma postura mais livre, de modo que não se restringia a decisão a mera aplicação da norma, havendo uma conjugação entre os ditames dos enunciados legais e os postulados principiológicos rompendo a análise quanto a legitimidade do Direito simplesmente pela observância de suas formas e da autoridade da qual emanou.

Em resumo, o pós- positivismo caracterizou-se pela abertura valorativa do sistema, onde a interpretação e argumentação tornam-se instrumentos de concretização da justiça frente a mudanças no decorrer do tempo, conferindo ao Magistrado um poder discricionário no mundo jurídico.

Com o passar dos anos, contudo, tais conceitos vêm sendo distorcidos e servindo como justificativa para atos de ilegalidade, ignorando o que determina a norma positivada, e é daí que advém as implicações, pois ao passo que permitem a adequação da norma ao caso concreto e atribuem maior poder ao Judiciário, acabam por permitir também arbítrios do órgão julgador⁸, gerando uma verdadeira Hegemonia judicial.

⁸ Para Bobbio, na obra “La certeza del diritto é um mito?” não há como haver segurança jurídica em um cenário onde o órgão julgador age arbitrariamente, pois sustenta ter a segurança

É a partir desta hegemonia que o juiz pode valer-se da teoria argumentativa, afastando a Lei para aplicar o seu entendimento ao caso concreto, por achar aquela a solução mais justa, mas o que deve haver é a consciência da aplicação da lei positivada como prioridade em detrimento do entendimento jurisprudencial, e que a possibilidade de afastar sua aplicação, constitui clausula de exceção, isso só pode acontecer se houver argumento forte o suficiente para justifica-lo.

Imperiosa faz-se uma análise histórica quanto a insegurança jurídica, pois no jusnaturalismo o fato gerador eram o desmandos dos Reis, enquanto no positivismo, a causa da insegurança era os arbítrios do Legislativo, que mesmo como legítimos representante do povo, usava a lei para cometer atrocidades, e por fim no pós-positivismo temos como ameaça a segurança jurídica os excessos do poder judiciário.

Convém observar que durante toda história o motivo de tanta insegurança foram excessos, no positivismo o problema em questão é a grande flexibilidade conferida ao Judiciário, conforme já ensinava Kelsen⁹, ao afirmar que a descentralização da criação do Direito que gera sua grande flexibilidade, faz com que se renuncie totalmente à segurança jurídica” (KELSEN, 2009, pg. 176).

Sobre o tema, assevera Daniel Sarmiento (2009, p 288-301) que se tudo de transforma em ponderação, a margem da subjetividade se mostra tão grande que a segurança jurídica e a objetividade do sistema desaparecem por completo.

Neste ponto, formidável o ensinamento de Carlos Blanco de Moraes, na obra “Segurança jurídica e justiça Constitucional”, quando se posiciona sobre a imensa carga principiológica atribuindo a própria Constituição a responsabilidade de propiciar insegurança jurídica:

Quanto mais principiológica é uma constituição, quanto mais indeterminados sejam seus conceitos e medidas de valor que contiver, quanto mais imprecisas, ambíguas e abertas foram as suas normas maior será a discricionariedade interpretativa dos tribunais Constitucionais.

jurídica um elemento intrínseco destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, e que sequer pode-se imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança.

⁹ Hans Kelsen esclarece que os diversos sistemas traduzem diferentes graus de centralização ou descentralização da produção do Direito e, conseqüentemente, diferentes graus de efetivação do princípio da flexibilidade do Direito, que é inversamente proporcional ao princípio da segurança jurídica.

Assim, na aplicação de valores e discricionariedade na decisão judicial deve haver ponderação e cautela, pois seu uso demasiado não pode chegar ao ponto de afirmar que toda norma é princípio e que toda norma pode ser ponderada, afinal se assim fosse não teria a norma nenhum caráter coercitivo ou objetivo, e se adequaria a critérios individuais de cada julgador, conforme suas conveniências.

Paulo Ricardo Scheier (2005, p119) alerta que, se um sistema em que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios “também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional”. Ainda segundo Scheier: “a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo subjetivo”.

Sobre o tema anota Gusy, “a segurança é ausência de riscos; liberdade, ao contrário, causa aumento de riscos”, pensamento este que reflete bem o contexto de instabilidade jurídica, é dada “liberdade demais” ao poder judiciário para decidir, ao ponto de se ignorar a norma e privilegiar valores, pondo em risco toda certeza e previsibilidade.

Neste ponto, Luis Roberto Barroso(2005,pg 27), delimita como principal critério para assegurar a legitimidade e a racionalidade das decisões, o dever de conduzir a interpretação sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador.

Não se busca aqui, afirmar que a lei em si basta, nem afastar a aplicação a interpretação da norma ao caso concreto, muito menos apartar a aplicação dos princípios do direito, pois isto seria um verdadeiro retrocesso.

Nas lições de Humberto Ávila (2012, pg.98), encontramos um ensinamento compatível com a tese abordada, qual seja: “ não se trata, pois de assumir a tarefa inadequada de desesperadamente buscar a “certeza absoluta”. Trata-se, em vez disso, de aceitar a incumbência apropriada de não conformadamente deixar de buscar a “certeza relativa”.

Inegável que a realidade social vive em constantes mudanças, mas isso não induz a mudança do direito posto positivamente por mera discricionariedade do poder judiciário. Isso traz para sociedade uma sensação de instabilidade jurídica permanente, pois o que é direito hoje amanhã pode não ser na visão jurisprudencial.

Por isso a problemática central da justiça, é a grande flexibilidade de suas decisões que atua como fator de Instabilidade jurídica, uma vez que a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável.

Tais fatos interferem não só na Segurança Jurídica, mas em vários outros conceitos e princípio conexos. Cabe, por tanto, aqui explicar critérios qualificadores da segurança jurídica que estão intimamente interligadas, tais como certeza, confiança, estabilidade, previsibilidade e calculabilidade das decisões judiciais, dos quais segue uma análise breve.

Quanto a *certeza*¹⁰ verificamos que esta é indissociável da segurança jurídica, e se refere ao seu caráter subjetivo, dela impõe o maior grau possível de certeza nas relações jurídicas, ou seja, a certeza da lei ou da justiça possibilita, além da previsão dos próprios atos, a certeza de como o outro agirá. Assim, constrói-se a expectativa do comportamento alheio, ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder-se prever as ações alheias. A tese, portando divulgada é: conhecer o conteúdo das normas jurídicas corresponde a ter uma certeza de como agir, atuar e se comportar.

No que se refere a ao princípio da proteção à *confiança*, este representa confiar que os efeitos jurídicos de seus atos sejam os previstos nas leis conforme as quais foram praticados. Humberto Ávila (2012), explora bem esse conceito: “em outras palavras, o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito[...]”.

A *estabilidade*, conforme assevera José Joaquim Gomes Canotilho (2000, pg 264): que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes”.

¹⁰ Para Reale, em sua Teoria tridimensional do direito, analisa-se “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”, pois: “[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.

A teoria do Direito de Luhmann (1983) aborda a importância do Direito na estrutura social como assegurador das expectativas estabilizadas e como orientação da conduta humana. Em sua teoria a segurança jurídica deve ser considerada como sendo a previsibilidade da decisão a ser tomada em um processo judicial e o conhecimento sobre os seus efeitos, ele destaca ainda que caso o Estado de Direito não alcançasse tal estabilidade a confiança estaria seriamente comprometida.

Sobre a Previsibilidade segundo a concepção de Hans Kelsen:

A segurança jurídica consiste em que as decisões dos tribunais são previsíveis até certo grau, e por isso calculáveis, de sorte que os sujeitos submetidos ao direito podem orientar-se em seu comportamento segundo as decisões judiciais previsíveis.

No sistema jurídico brasileiro destaco como principal fator que afasta a previsibilidade das decisões a vulnerabilidade quanto ao risco de se depara com a mera mudança de opinião dos Julgadores, por motivos exclusivamente de cunho pessoal e conseqüentemente em sua flexibilidade em decidir.

No mesmo diapasão, Luiz Guilherme Marinoni (2014), citando Massimo Corsale, afirma que o sistema jurídico brasileiro afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Temos, por tanto, que hegemonia judicial afasta os juízes da letra da lei e tornam imprevisíveis na medida em que são permitidos julgamentos divergentes a respeito de um mesmo tema.

Por ultimo a *calculabilidade* se caracteriza como a capacidade de antecipar razoavelmente as conseqüências jurídicas aplicáveis ao caso concreto determinadas pelo ordenamento para cada situação, assim como suas implicações. Como bem conceituado por Ávila, ao definir a calculabilidade como “um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de conseqüências atribuíveis abstratamente a atos”.

Kelsen ao analisar os sistemas de descoberta do direito esclarece que é no sistema da descoberta do direito vinculada à lei que se identificam as decisões dos tribunais serem, de certa forma, passíveis de previsibilidade e calculabilidade, isto é, através desse sistema os indivíduos submetidos a lei podem orientar-se pelas previsíveis decisões dos tribunais.

O mesmo, no entanto, não ocorre de maneira tão coercitiva quando aplicado o sistema de livre descoberta do Direito, onde a segurança jurídica é mitigada e a descentralização da função legislativa é inversamente proporcional a segurança jurídica.

Percebe-se assim, que na tentativa de diminuir a insegurança gerada pelo positivismo, o movimento pós-positivista acaba por gerar ainda mais insegurança, pois ao menos no positivismo sabia-se qual o direito aplicável ao caso, no entanto nos dias atuais nem sabemos o que é justo em cada caso, nem muito menos até quando esse vai ser o “entendimento”, resta ao cidadão apenas esperar sem nenhuma perspectiva sobre o direito por ele tutelado.

Nas palavras de Humberto Ávila (2012, p 61 e 62): “o cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida”. E quando ele sabe disso, não está seguro se esta regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso”. Não é por menos que o autor chega a caracterizar a Segurança jurídica como uma espécie de “Estado paradisíaco”.

CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

O poder de criar precedentes jurisprudenciais é tema de discussão doutrinária extensa, seja quanto a sua importância no poder judiciário, ou quanto aos critérios de sua aplicação, de ser esta fonte de direito ou não, da necessidade de sua uniformização, da sua função de interpretar a lei ou em contrapartida da capacidade de inovar na ordem jurídica, questões estas que geram insegurança diante da variabilidade de entendimentos a respeito.

Através da hermenêutica jurídica surgem os precedentes jurisprudências, que são por muitos doutrinadores consideradas fontes do direito, onde o juiz passa a decidir casuisticamente, através das quais há a possibilidade não só de estabelecer normas jurídicas individuais nos quadros das normas gerais elaborada pelo órgão legislativo, mas também de fixar normas individuais fora destes parâmetros.

Na definição de Maria Helena Diniz (1993, p. 290):

Jurisprudência é o *conjunto de decisões uniformes e constantes* dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

Streck registra que a Jurisprudência é aplicável a todos os casos idênticos e constitui uma norma geral, e que uma decisão isolada não constitui jurisprudência, alertando que ela não pode ser confundida com uma sentença judicial, pois que esta é uma decisão individualizada (1995, p. 89).

Através da jurisprudência temos não só a atividade de interpretar a lei, mas também, confere ao juiz atuar de maneira a preencher as lacunas da lei, influenciando diretamente no fenômeno de produção do direito normativo, é esse o entendimento doutrinário, conforme salienta Pulo Nader: a Jurisprudência oferece importante contribuição à experiência jurídica, pois o Poder Judiciário ao revelar o sentido e o alcance das leis beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. (NADER, 2004).

Paulo Nader traça também que há várias espécies de jurisprudência, que são as que se limita a interpretar determinadas regras definidas na ordem jurídica, as que, que se desenvolve na falta de regras específicas, quando as leis são omissas e

por ultimo as que se forma ao “arrepio” da lei, é aplicada e surge quase sempre em face de leis anacrônicas ou injustas¹¹.

A finalidade dos precedentes jurisprudenciais é servir como forma de prever qual a decisão aplicável a cada caso concreto, com o objetivo de diminuir, portanto, a provocação do Poder Judiciário, uma vez que já se conhece, em abstrato, a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

Assim, em havendo jurisprudência sedimentada sobre determinado assunto, os julgadores passam a invoca-la para decidir ações semelhantes, assegurando a sociedade uma previsibilidade de quem o entendimento jurisdicional sobre cada caso.

Miguel Reale , “ Lições Preliminares de Direito” explica que :

Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento.

Vale salientar que apesar de servir para nortear a sociedade de quais as decisões possíveis aplicáveis a cada caso, a jurisprudência não vincula a decisão judicial, pois o juiz tem a liberdade de julgar conforme o seu entendimento, no entanto, na prática, o que deveria ser apenas um resumo, transforma-se numa diretriz para os profissionais do direito, indicando um padrão de julgamento que termina por se repetir, e dessa forma, rotineiramente, terminam por acatá-las, padronizando suas decisões.

Neste sentido Streck (1998) , ensina que: “a jurisprudência poderia ser considerada uma forma de expressão do Direito Positivo, desde que "preenchidos certos requisitos, entre eles o da constância, o da não-incongruência com as leis vigentes e o da conformidade com a razão (...)".Assim, há a necessidade de haver parâmetros e regras bem definidos para a fundamentação das decisões judiciais, em busca de uma jurisprudência íntegra, que propicie a realização plena da segurança jurídica.

¹¹ As espécies de jurisprudência, segundo Nader (2004), são: a) *Secundum legem* , que se limita a interpretar determinadas regras definidas na ordem jurídica; b) *Praeter legem* , que se desenvolve na falta de regras específicas, quando as leis são omissas; c) *Contra legem* , que se forma ao arrepio da lei, é aplicada e surge quase sempre em face de leis anacrônicas ou injustas.

Diante da sua função de interpretar e aplicar a norma a Jurisprudência contribui para o ordenamento jurídico, e devido a isso há doutrina que diverge quanto a sua capacidade de inovar na ordem jurídica, discutindo se esta representa ou não fonte de Direito.

Para compreendermos melhor o motivo de tal divergência deve ser feitos alguns esclarecimentos a respeito de “fontes do Direito”. Miguel Reale (1996, p.140) esclarece que por fonte do direito que designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia.

Estas podem ser classificadas em formais e materiais, entende-se por fonte material do direito o órgão imbuído de competência para sua elaboração e criação, já as formais por sua vez, pode ser compreendida como aquela através da qual o direito se manifesta, podendo ser subdivididas em duas espécies: formais imediatas e formais mediatas.

Fonte formal imediata são reconhecidas as normas legais de incumbência do Poder Legislativo dentro de seu âmbito de competência. A fonte formal mediata, por conseguinte, consiste em mecanismos na qual se apoia o julgador para, diante de uma situação concreta, solucionar o caso que lhe é posto à análise.

Cândido Rangel Dinamarco e Silvio Venosa entendem não ser, a jurisprudência, fonte formal do Direito, Dinamarco (2003, pg.81) aduz que só seria possível caso fosse, a mesma, portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação aos casos futuros, com força vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que se defrontassem com situações análogas posteriormente, enquanto Venosa (2006, pg.21) acrescenta ser ela apenas fonte informativa do Direito, de natureza subsidiária.

Na mesma linha, Monteiro assegura que, por mais “reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte normal do direito positivo, porém é considerada como fonte mediata” (2003, p. 21).

Miguel Reale, por sua vez, esclarece que a importância da jurisprudência na contemporaneidade decorre da necessidade de se adequar as normas legais, cada vez mais insculpidas sob a forma aberta e indeterminada, às peculiaridades das relações sociais.

A princípio temos que a jurisprudência não é fonte de direito, e que o Estado, no caso do Direito Brasileiro, manifesta-se por intermédio de órgão

competente para legislar (fonte material): a União - conforme o art. 22 da CF, no entanto, em circunstâncias especificadas em lei quando necessária a atividade de interpretação e concretização da norma, me filio o entendimento de Venosa, quando classifica a Jurisprudência como fonte Informativa por ela não possuir força vinculativa.

Diante da importância atribuída a Jurisprudência no tópico a seguir um detalhamento a respeito do uso da Jurisprudências no ordenamento brasileiro, apontando as reformas processuais que alteraram substancialmente a sua função do Poder Judiciário, bem como apontar de que forma a divergência jurisprudencial afeta a previsibilidade das decisões judiciais e a necessidade de sua uniformização como forma de garantir a segurança jurídica.

3.1 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDÊNCIAL E A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO

Não obstante a importância da aplicação da Jurisprudência em nosso ordenamento, atualmente são inúmeras decisões jurisprudenciais que afastam a aplicação do que a lei determina, ou que depois de algum tempo decidindo de uma maneira, alteram seu posicionamento e passam a entender de forma totalmente diversa, seja por realmente mudar a orientação, seja pela nova composição do órgão julgador, ou então interpretando a norma de forma extensiva.

Quanto a instabilidade Ávila destaca que: “são perceptíveis não apenas diferentes interpretações provenientes de diferentes órgão julgadores. Reconhecem-se, igualmente, interpretações diversas de um mesmo órgão julgador. Dando como exemplo o Supremo Tribunal Federal, em cujo âmbito decisório podem ser encontrados vários casos revelados de uma mudança de jurisprudência.

Se posicionando a respeito da interpretação normativa, Humberto Ávila, relata que a interpretação normativa envolve valorações, e se sujeita a ponderações, e que a incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são visíveis na atividade do Poder Judiciário.

Conforme já abordado no Capítulo 1, Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, traça importantes aspectos quanto a interpretação da norma, dentre os quais se destaca a “moldura”, onde explica que há várias possibilidades legais de

aplicação do direito, e dentro destas possibilidades oferecidas cabe ao órgão aplicador do direito escolher.

No entanto tal teoria sofre veementes críticas no que diz respeito a esta “moldura”, pois temos que cada intérprete constrói sua moldura, fato este que se comprova diante da diversidade da Jurisprudência sobre a interpretação do significado de uma lei, ou de um artigo, ou mesmo de uma simples palavra em cada caso que demonstra a grande variedade de interpretações que podem ocorrer sobre um mesmo objeto, a depender de quem aplica a norma.

A jurisprudência deveria está intimamente ligada à questão da previsibilidade das decisões judiciais, no entanto, percebe-se na prática diferentes decisões provenientes do mesmo órgão, como se exemplificará no capítulo a seguir, e que representa bem o que Ávila denomina de jurisprudência “ZigueZague”, por conseguinte, usa-se como argumento para essa instabilidade a permanente mutação das relações humanas que acabam por colocar quem aplica a norma perante novos contextos, e que diante disso um entendimento não é válido em definitivo.¹²

Inegável que o direito evolui permanentemente, no entanto, tal fato não pode servir de respaldo para o assombroso número de Jurisprudência e doutrina onde há sempre várias posições contrapostas, que refletem diferentes ideologias vigentes no Judiciário, e que apenas contribuem para o avanço da insegurança e desconfiança na sociedade.

Para Cruet, a Jurisprudencia é uma coleção de experiências jurídicas renovadas constantemente , nas quais pode ser percebido a reação dos fatos sobre as leis, no entanto sobre seu ensinamento cabe algumas ponderações, pois nem toda alteração de relações acarreta por si só uma modificação no conteúdo na norma e que para dar causa a uma nova interpretação deve ser *evidente a insuficiência* do entendimento anterior sobre determinado caso.

Dessa forma, para que o Direito Jurisprudencial seja de fato justo e efetivo a uniformização e previsibilidade das decisões devem ser respeitadas, pois é inaceitável que jurisdicionados em situações idênticas, tenham de submeter-se a

¹² Conforme destaca Araken de Assis, “a incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 814).

regras de conduta diferentes ou que a legislação seja desprezada para a que seja aplicada tão somente o entendimento Jurisprudencial.

Frente à instabilidade jurisprudencial a sociedade não tem um norte de o que o Judiciário entende sobre este ou aquele ato, perpetrando a incerteza e instabilidade, já que nem calculável pode ser a decisão acerca do seu direito, pois a qualquer momento todas suas expectativas podem ser frustradas por mudança de entendimento durante o trâmite processual.

Muitas são as indagações que cingem ao judiciário e a segurança Jurídica, tornando difícil saber quando a decisão judicial sobre um caso é ou não o justo. É certo que cada caso deve levar em consideração suas particularidades, mas o que é incabível é ter decisão sem que haja a devida fundamentação legal sob o manto de que agem sob o critério do livre convencimento e da discricionariedade.

Sobre as prerrogativas dos magistrados, Morais assevera que ao mesmo passo que possuem independência, em contrapartida têm a necessidade de se garantir que as suas sentenças não se pautem por critérios ideológicos subjetivo, opções partidárias e por espasmos corporativos.

Neste ponto, transcreve-se a ementa do AgRg nos embargos de divergência em REsp nº 228.432/RS, da lavra do Min. Humberto Gomes de Barros que demonstra a preocupação e a necessidade em se observar a jurisprudência e de manter. Vejamos:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

Neste sentido, para que gere confiança e conseqüentemente segurança jurídica uma decisão deve utilizar argumentos consistentes, em sua fundamentação, e suficientes para convencer as partes de que foi tomada a melhor escolha dentre as possíveis, no momento e, ao mesmo tempo, conquistar a confiança da esfera pública. Isto significa, nas palavras de Karl Larenz (2005, PG. 122): “[...] o juiz tem

de, entre as várias possíveis ou pensáveis proposições jurídicas, escolher precisamente aquela ‘que seja fundamentalmente a justa’ na presente situação”.

A fundamentação da sentença é uma exigência constitucional, devendo ser fundamentadas todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Tal mandamento está expresso no artigo 93, IX da nossa Constituição Federal.

Na obra “O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do Direito: a necessária concretização dos direitos fundamentais” Lenio Streck¹³, afirma que a fundamentação é condição da decisão, e que esta obrigação está previsto no art. 93, inc. IX, da CF. Streck aponta ainda como resultado da discricionariedade e a não fundamentação legal os numerosos casos de embargos de declaração proposto, e que uma decisão bem fundamentada sanaria o problema.

Entretanto, na atualidade há casos de abusos, onde na busca de conquistar critérios de celeridade e economia processual juízes proferem decisões carente de fundamentação, deixando inclusive de responder os questionamento das partes, limitando-se a citar ementas de outros julgados como parâmetro decisório. Sobre isto, o Supremo Tribunal Federal já expressou ser inaceitável decisão carente de fundamentação, conforme entendimento do Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário nº 435.256-7, em seu voto:

A exigência de fundamentação dos pronunciamentos judiciais nada mais é do que o enfretamento das causas de pedir veiculadas pelas partes. Cabe o julgamento do conflito e não a simples decisão deste, lançando-se, no cenário jurídico, verdadeiro ato de inteligência. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo responder aos questionamentos das partes. Eis a síntese da atuação mais consentânea com a ordem instrumental no que, em última análise, encerra liberdade em seu sentido maior, podendo o cidadão saber o que se mostra passível de acontecer na tramitação processual. Implica ato de força deixar sem análise causa de pedir apresentada quer pelo autor, quer pelo réu.

¹³ Conforme STRECK, Lênio(2010): “A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isso é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e, portanto, da discricionariedade (arbitrariedade) judicial que lhe é inerente – *está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil*. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar “esclarecimentos” acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-questionamento” (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico”.

Uma verdadeira aberração que cinge a fundamentação das decisões judiciais e que se tornou corriqueira se refere a prática de motivar as decisões invocando os precedentes, mas no entanto, sem identificar os fundamentos determinantes que o fazem se enquadrar no caso em concreto, se limitando a citar a ementa do julgado.

Logo, o escopo dos precedentes jurisprudenciais, encontra-se prejudicado ao passo que a segurança jurídica, devido a sua não uniformização e sua banalização, não podem servir de referência segura a todos os julgadores em casos análogos, pois não se revestem de previsibilidade e estabilidade.

Extraímos desse quadro que a fonte jurisprudencial ao mesmo passo que cumpre o importante papel de interpretar a lei, por outro, atribui ao Juiz uma liberdade no ato de aplicar a norma gerando distorções ao ordenamento e para evitar tais incongruências são necessárias regras de uniformização da Jurisprudência, de modo a coibir as autoridades jurisdicionais a aplicarem a norma em consonância com julgados anteriores que versem sobre casos semelhantes, garantindo o mínimo de previsibilidade de suas decisões.

Indiscutível que o entendimento jurisprudencial pode sim sofrer alterações ao longo do tempo, podendo ser superado em se trazendo fatos novos ao processo, um contexto diferente, entre outras possibilidades. Entretanto deve haver cautela e estabelecer regras de sua superação e de sua compatibilização com a segurança jurídica, por exemplo, garantindo que se mantenha a orientação anterior para os fatos ocorridos até o momento da modificação de entendimento e que, além disso, que o tribunal demonstre previamente que irá operar a mudança de modo que não comprometa a confiança.

A uniformização de jurisprudência enseja uma pacificação dos precedentes jurisprudenciais quanto ao tema e, por essa razão, fortalece a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciários junto aos jurisdicionados, evitando decisões conflitantes para idênticas situações que ameaçam a confiança no princípio da isonomia.

Tal necessidade de garantir estabilidade e confiança jurídica é nítida preocupação do legislador por isso no sistema normativo brasileiro varias são técnicas de uniformização, as quais merecem ser analisadas:

a) Art. 105, III, “c” da CF – a qual versa sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em recurso especial, quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Tal

preceito constitui uma técnica de uniformização a interpretação de uma lei federal, da qual resulta em uma norma jurisdicional criada pelo tribunal superior, indicando uma única interpretação para a lei questionada.

Quanto a força vinculante das Súmulas, cabe esclarecer que este se deu através da reforma constitucional provocada pela Emenda 45/2004, pois até então a Súmula não havia assumido o status normativo, com obrigatoriedade apta a estabelecer padrões de conduta para o Direito.

Assim, com base na divergência de julgados entre dois ou mais tribunais de estados diferentes, a parte interessada, poderá, com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, interpor recurso especial para pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, que dará o seu ponto de vista, provocando, naturalmente, a unificação nos procedimentos de aplicação do Direito. (NADER, 2004).

b) Art. 103 A da CF - tal dispositivo criou a Súmula Vinculante devido ao dever atribuído ao Supremo Tribunal Federal que por finalidade de organizar, normatizar atos processuais proferidos por tribunais inferiores, evitando que medidas diferentes sejam tomadas para casos semelhantes, sendo por tanto um modo de unificar as jurisprudências dos tribunais inferiores para que não seja necessário tomar novas decisões para casos análogos devido a força vinculante e eficácia *erga omnes* atribuída á súmula. Em linhas gerais, uma súmula é um texto breve que consagra o entendimento do tribunal sobre determinado tema, derivado de casos similares. Em outras palavras, é o veículo de jurisprudência dominante do tribunal.

No âmbito legal, cabe uma critica a redação do Novo Código de Processo Civil. Pela antiga redação o legislador destinava um capítulo exclusivamente a regular a Uniformização da Jurisprudência, onde determinava-se casos que exigiam formulação de súmulas, bem como se especificava quando caberia o pronunciamento do Tribunal e as medidas cabíveis quando se reconhece a divergência do tribunal. Conforme segue:

- Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

- Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

- Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Outro dispositivo importantíssimo era o Art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973, este artigo ampliava os poderes dos magistrados na atuação de forma singular, como no caso de uma “jurisprudência monocrática” para impedir ações repetitivas, uma vez normatiza casos que envolve controvérsia de matéria unicamente de direito, permitindo que nestes casos se já houver no juízo sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, tal medida tem por objetivo a celeridade processual.

Em fim, vários eram os dispositivos que serviam para uniformizar a Jurisprudência posto que esta deriva da conjunção das mais diversas interpretações da norma ao caso concreto que justamente por isso não nascem de maneira uniforme, e por isso as técnicas de uniformização se fazem tão imprescindível para combater aplicação de jurisprudências conflitantes capazes de gerar insegurança a respeito das decisões dos juízes e tribunais.

Inúmeras são as vantagens advindas da uniformização, são elas: a previsibilidade, estabilidade e celeridade, fatores estes que contribuem tudo contribuindo para maior segurança jurídica. Em suma ao cidadão o importante é evitar a “surpresa” diante da decisão.

No âmbito infraconstitucional o Novo Código de Processo Civil ¹⁴ a respeito da uniformização jurisprudencial constitui um flagrante retrocesso, uma vez que se limita a preceituar como dever dos tribunais a uniformização de sua jurisprudência bem como mantê-la estável, íntegra e coerente. O único ponto que prosperou diz respeito a hipótese de alteração de jurisprudência, onde no art. 927 considera a fundamentação específica e adequada como imperativo de estabilidade das relações jurídicas, considerando os princípios de segurança jurídica, confiança e isonomia. Conforme §§ 3 e 4:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

¹⁴ Novo código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm , acesso em:19/05/2015

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Diante dessa nova redação, temos que não foi dada a importância/atenção devida a Jurisprudência, ao passo que não elencou de forma clara e precisa a necessidade de uniformização da jurisprudência nem tão pouco as hipóteses de alteração de entendimento, deixando espaço para que se prolifere cada vez mais jurisprudência conflitantes.

CAPÍTULO 4 – HEGEMONIA JUDICIAL E A DIVERGÊNCIA ENTRE JURISPRUDENCIA E A LEI

O capítulo a seguir abarca vários fatores que resultam no problema da segurança jurídica nas decisões judiciais, onde veremos que a insegurança jurídica é fruto de problemas que abarcam uma verdadeira crise não só no judiciário, mas também no legislativo, tais como os problemas afetos a: hegemonia judicial, crise de legitimidade, de representatividade e da funcionalidade do poder legislativo.

Conforme retratado no cap. 1 no positivismo o poder Legislativo era tido como legítimo representante do povo, e a segurança jurídica almejada pela sociedade advinha de normas jurídicas positivadas, onde o direito era a lei posta. Com o pós-positivismo vimos que apenas as normas emanadas deste órgão não satisfazia os anseios da sociedade, foi então que incorporou-se ao direito uma forte carga valorativa, realizada principalmente através dos princípios, onde a lei por si só não bastava. A partir de então a atividade do Juiz passou de aplicador da norma para interprete, e através de sua nova tarefa emitia juízos de valor sobre esta.

Deste breve relato histórico temos que o Legislativo perdeu sua supremacia, tendo sua importância mitigada diante da nova perspectiva atribuída ao juiz que passou de mero aplicador da norma para interprete e inovando na ordem jurídica, posto que o Direito positivado tornou-se insuficiente. Essa nova concepção de interpretação da norma e do papel exercido pelo juiz deve-se a própria mudança de Estado, que conforme retratado no Cap. 1 sobre a crise do positivismo, onde o Direito passou a desempenhar um papel de busca ao bem estar social.

Dando prosseguimento ao estudo dos fatores que afetam a Segurança Jurídica, adentramos aos problemas inerentes ao judiciário no que se refere a hegemonia judicial, que se exterioriza através de um excessivo intervencionismo do Poder Judiciário no País, caracterizando um verdadeiro processo de agigantamento do Judiciário.

Diante do exposto foi conferido ao juiz responsabilidades grandes e complexas e viu-se ainda que o direito não é matéria exata e clara, mas que possui espaços que carecem de carga interpretativa mais densa. Assim cabe se questionar a respeito da função do juiz na atualidade, se está ou não havendo uma transformação do juiz em um legislador e se tal situação ocasionaria uma quebra da ideia inicial de separação do poder.

Sobre o tema, há doutrinadores que entendem ser inquietante essa hegemonia, mas há também quem não o ache, Mauro Cappelletti aborda o tema em sua obra “Juízes legisladores” faz uma abordagem incisiva em sua sobre o desequilíbrio dos poderes do Estado, ao tratar da produção do Direito por obra dos juízes de “criatividade da função jurisdicional”, no estudo em que procura justamente desvendar a questão: saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa.

Luiz Roberto Barroso, na obra “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, reverencia a lógica da separação de Poderes através da seguinte afirmação: “Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. E quanto a atividade do juiz na criação do Direito, acrescenta a seguinte observação:

[...] juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.¹⁵

No cap. 3 ao analisar a Jurisprudência, vimos que sua tarefa precípua é a de interpretar a norma, mas que esta vem inovando no ordenamento jurídico, não se limitando a interpretar a lei, mas servindo como fonte secundária de direito, neste ponto cabe frisar que a própria autoridade legislativa reconhece o papel ativo do juiz ao admitir sua atuação, regulando inclusive regras para sua uniformização, no entanto, isto não significa, porém, que sejam legisladores, salutar é diferenciar o processo legislativo do processo jurisdicional.

A todo esse paradigma CAPPELLETTI (1993) afirma que os juízes estão constrangidos a ser criadores do Direito: eles são chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e não raro a criar *novo* Direito. Neste ponto Barroso adverte que: “A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior –

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1235066670174218181901.pdf

não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo”.¹⁶

Hans Kelsen (2006, pg.279) se posiciona quanto ao tema e ressalta que se é conferido aos tribunais o poder de criar precedentes, “[...] eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela CF/88 e isso significará uma descentralização da função legislativa”.

Sobre a supremacia do judiciário explica Luiz Roberto Barroso a hegemonia do Judiciário se deve a um Legislativo fraco e sem credibilidade e que em uma democracia, não é bom que exista uma instância hegemônica, sendo necessário que os poderes se contrabalancem efetivamente.¹⁷

Outro fato gerador á essa hegemonia deve-se, em sua maioria, a liberdade conferida aos juízes, pois sabe-se que a função típica do judiciário é aplicar leis e não de criar, no entanto com o emprego da jurisprudência foi atribuindo ao judiciário a função atípica de criar regras jurídicas, agindo, verdadeiramente, como se legisladores fossem, seja este devido a independência funcional dos juízes, ao livre convencimento, pela discricionariedade nas suas decisões ou pelo poder de julgar com equidade nos casos em que há lacuna na lei.

De acordo com Paulo Nader (2009), a doutrina divide a liberdade que o juiz tem, em três sugestões: livre estimacão, limitacão à subsunçãõ e a complementacão coerente e dependente do preceito. Tais limitacões vem justamente impor parâmetros para a aplicacão do direito pelo juiz.

Por limitacão á subsunçãõ encontramos o princípio da triparticão dos poderes de Montesquieu, o qual afirma que um poder não poderá interferir na esfera do outro. Ou seja, a competência para criar leis é do Poder Legislativo, e de aplicar as mesmas é do Judiciário, no entanto através do que Nader nomeia de “complementacão coerente e dependente de preceito” temos que nem sempre a codificacão é o bastante para o emprego da norma evidenciando a necessidade de uma independência do juiz ou tribunal para que se realize uma aplicacão correta, coerente.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. “Judicializacão, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”.Pg. 28. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1235066670174218181901.pdf

¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Há hegemonia da justiça de deve a um legislativo fraco. *Conjur*, Brasília, [s.d.]. Entrevista concedida em 26 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/hegemonia-judiciario-legislativo-fraco-afirma-barroso>.

Quanto a limitação a qual o juiz deve estar submetido, em se tratando da relação entre lei e jurisprudência deve haver sempre uma relação de complementariedade e não de divergência, no entanto, temos que a jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei.

Nesse diapasão Paulo Dourado (2009) suscita um problema sério: “os juízes decidem contra legem, como se *secundum legem* fossem”, configurando uma verdadeira violação a legitimidade democrática, pois aqueles a quem a vontade do poder Judiciário se sobrepõe aos dos membros do Legislativo a quem o povo escolheu como seu representante.

O professor João José Caldeira Bastos¹⁸ elenca vários casos de decisões contra legem na área Penal e cita Robert Legros: “É bem conhecido que, em certos domínios o juiz dá aos textos legais uma interpretação tão audaciosa, e até astuciosa, que o legislador aí não mais encontraria sua obra.”

Inevitável, pois, na tarefa de interpretação e aplicação do direito, uma certa dose de subjetividade, não se pode negar, na sentença, negar a repercussão dos valores do juiz, e por isso se faz necessário que esta seja prudente, ponderada, razoável, para que assim não se crie interpretações contra legem.

O Professor João José Caldeira Bastos¹⁹, na discussão sobre o subjetivismo no judiciário nos remete ao posicionamento de HENRY LEVY-BRUHL. A supressão dos textos "seria um remédio pior do que o mal, pois o juiz, privado do freio que é o texto legal, seria levado a estatuir segundo suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, e o mesmo litígio estaria sujeito a ter uma solução diferente de acordo com o tribunal que o ponderasse". A experiência do passado, as exigências de segurança jurídica e o caráter democrático da norma legislativa afastavam qualquer dúvida quanto à necessidade de "que o juiz permaneça servidor da lei".

O que não se pode permitir é que o juiz por mais renomado que seja, ou de que órgão pertença, venha a embutir nas suas decisões convicções pessoais sobre

¹⁸ O poder Judiciário e a lei. A decisão Contra a lei na jurisprudência Catarinense. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13447-13448-1-PB.pdf>. Acesso em : 23/05/2015

¹⁹ BASTOS, João Caldeiras. “O poder Judiciário e a lei. A decisão Contra a lei na jurisprudência Catarinense. disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13013/o-poder-judiciario-e-a-lei#ixzz3azBsJ6OB>, acesso em 23/05/2015.

determinado direito a ponto de aplicar ao caso um entendimento contra legem, Tal atitude desvirtuaria sua decisão de qualquer senso de justiça.

Daí a advertência de Lenio Streck (2005, pg.88) , citando Paulo Bonavides, acerca de uma possível ampliação da legitimidade interpretativa judicial:

a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem* (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciososa à garantia como à certeza das instituições.

Não se pode atribuir ao juiz um poder quase absoluto de decisão, dessa forma se faz necessário impor limites a decisão judicial. Para Cappelletti (1999), os juízes necessitam participar da criação do direito, desde que, dentro do limite, não retire completamente a competência de o legislador anular (ab-rogar) ou alterar o direito jurisdicional.

Daí a vantagem da lei: "Imparcial e serena, porque dispõe para todos, há de oferecer maior garantia no delicado terreno da honra, da liberdade e da própria vida do que a sentença sem freios, sem limites, nem sempre destituída de caprichos e de rancores", conforme assinalado alhures (INTERPRETAÇÃO E ANALOGIA EM FACE DA LEI PENAL BRASILEIRA, pág. 48).

Não obstante tais esclarecimentos houve uma mudança de valores no plano do judiciário, onde deixou de haver primazia na aplicação da lei, pois o que mais importa é a decisão, e não o texto de lei.

Na prática, inúmeros casos de sentenças que sob o manto da interpretação e de adequação da norma acabam aplicando uma interpretação divergente da literalidade do texto legal. Muitas vezes é sob o pretexto de haver imprecisão legislativa que encontramos interpretações inconciliáveis, onde é atribuído ao juiz a tarefa julgar inspirado pelas luzes da necessidade, oportunidade e utilidade.

Humberto Ávila (2012, pg.39) afirma que: “o nível de insegurança assumiu um grau nunca antes alcançado e os termos “complexidade”, “obscuridade”, “incerteza”, “indeterminação”, “instabilidade” e “descontinuidade” do ordenamento jurídico servem bem para ilustrar tal momento. Em entrevista o ministro Cezar Peluso²⁰,

²⁰ PELUZO, Cezar. “ Há um completo desprezo pela Legalidade no Brasil”. Entrevista concedida em 01 de fevereiro de 2009”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-01/entrevista-cezar-peluso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20/05/2015

adverte sobre a falta da cultura de legalidade no país, ele aduz que isso é muito preocupante, e ressalta que: “Por mais nobres que sejam os objetivos, não se pode atropelar a lei para atingi-los”.

No tópico a seguir, pretender-se-á comprovar que o direito é alterado sim, pelos juízes, através das mais diversas jurisprudências que divergem com o que a lei determina e pela coleta de pesquisas de opinião que demonstram a queda da confiança no Poder Judiciário.

4.1 EXEMPLOS DE DECISÕES CONTRA LEGEM e a QUEBRA DA CONFIANÇA DA SOCIEDADE NO JUDICIÁRIO

Sobre a aplicação de decisões contra legem, Machado Neto (1975, pg.213) questiona sobre qual será o direito de um povo: “a lei que ninguém acata ou a jurisprudência, embora *contra legem*, mas que os tribunais vêm seguindo e acatando?”. Essa é a realidade vivida no ordenamento jurídico pátrio, conforme exemplos a seguir.

Emblemático, a respeito, é o julgamento das ações de Repetição de Indébito referente a cobrança indevida de tarifas nos contratos de financiamento, dentre as quais se incluem: Tarifas de abertura de cadastro e emissão de carnê, popularmente conhecida como TAC e TEC. A divergência sobre a cobrança indevida, no período de 2009 a 2013 era instável, quando parte dos juízes entendiam que era a restituição devida das tarifas supracitadas, enquanto outros magistrados entendiam que cabia ao caso apenas a restituição de forma “simples”. Ocorre que durante o ano de 2008 a Ministra Isabel Galotti entendeu por bem, paralisar o trâmite de todas as ações que versassem sobre essa restituição em virtude do RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.331 - RS (2011/0096435-4), decidindo posteriormente sobre a legalidade das tarifas apesar de tal cobrança ser expressamente proibida no Código de Defesa do Consumidor no art. 39, 42 e 51. Neste caso há não só decisão contra legem como também exemplo da instabilidade jurisprudencial, pois mesmo com tal decisão os juízes não se vinculam a ela, havendo casos, inclusive de decisões que vão de contra a decisão da Ministra.

Outro exemplo importante a ser citado, trata-se da cobrança do PIS E COFINS, sobre o qual a nossa própria jurisprudência não tem uniformização ou estabilidade, porquanto é corriqueiramente alterada. As recentes mudanças a

respeito da possibilidade de cobrança de PIS e COFINS nas faturas telefônicas são maior prova dessa insegurança jurídica. Algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça considerou ilegal o repasse de PIS e COFINS nas tarifas telefônicas (REsp 1053778/RS e REsp 910784/RJ). Contudo, em 25/08/2010 a Corte Superior modificou o entendimento, é considerado legítimo o repasse (Recurso Especial Repetitivo 976836/RS).

Um terceiro exemplo diz respeito ao conteúdo da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro – STJ, que dispõe: dispõe que “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Tal disposição contraria o que expressamente determina a regra jurídica fixada no artigo 65 do Código Penal, onde se elenca as circunstâncias atenuantes, todas estas de aplicação obrigatória. Assim a não aplicação do art. 65 do Código Penal, para evitar que a pena mínima fique aquém do mínimo cominado, não configura como se imagina, interpretação analógica, mas verdadeira analogia – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja, a obrigatória atenuação da pena. Além disso o art. 65 determina peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite, agindo o judiciário no caso excedendo os limites de sua competência, verdadeiramente legislando.

Com efeito, há recentes julgados de magistrados que não se limitam a mera observância do enunciado sumulado, que reconhecem a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal, conforme ilustrativos precedentes dos Tribunais Regionais Federais:

APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. (...) O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº. 231 da Súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, III, "d", do Código Penal - a confissão espontânea sempre atenua a pena -, de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. (...) (ACR

200634000260137, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/10/2010 PAGINA:251.)

Cite-se também a título de breve exemplificação, o caso do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil que proíbe a penhora dos rendimentos do trabalhador autônomo. Em que pese a determinação legal, na prática verifica-se que os Tribunais Regionais, referendando entendimento do Superior Tribunal, que , têm admitido a penhora de rendimentos em determinados casos, o que configura uma interpretação *contra legem* e corrobora para a instabilidade da jurisprudência brasileira. É como vem decidindo a TJPR, 9ª C.Cív., AI 830839-6, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana Justiça a respeito da matéria, e no mesmo sentido segue outra decisão:

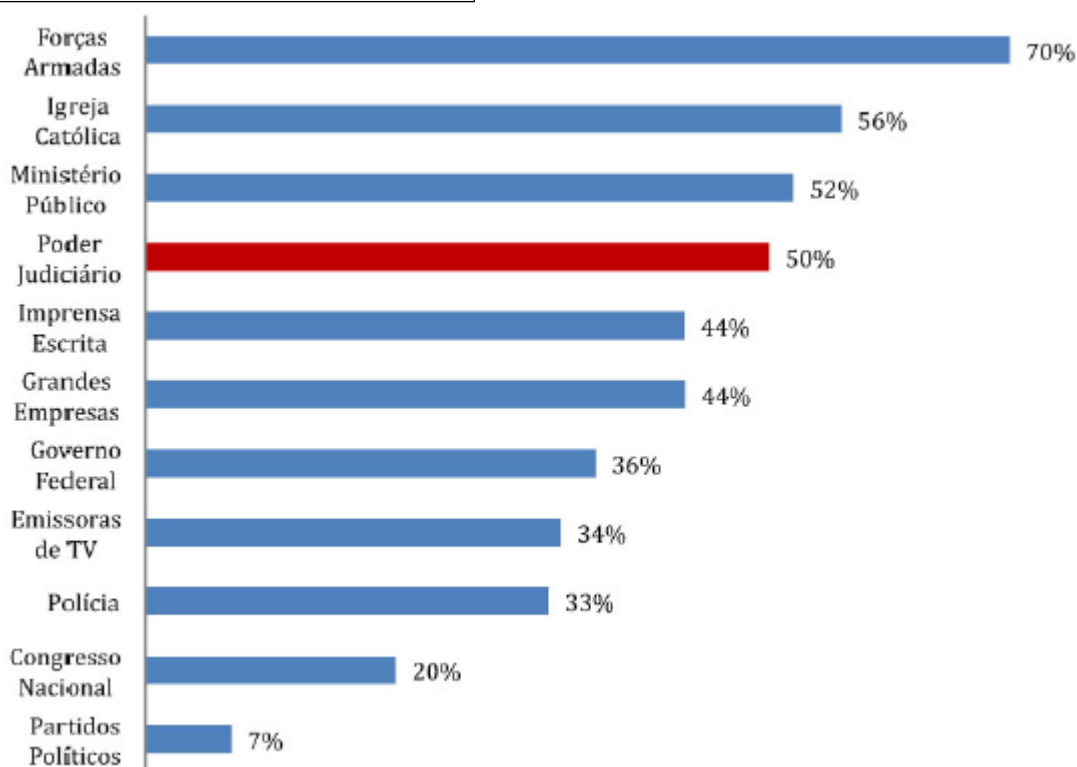
AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO DE PENHORA SOBRE O SALÁRIO DOS AGRAVADOS – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DO ART. 649, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPENHORABILIDADE RELATIVA DE SALÁRIO – EXECUÇÃO QUE VEM SENDO INTENTADA HÁ ANOS – INDÍCIOS DE FRAUDE AOS CREDORES – POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PERCENTUAL QUE NÃO GERE PREJUÍZOS A SUBSISTÊNCIA DIGNA DOS AGRAVADOS E DE SUAS FAMÍLIAS – ART. 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – [...] a 3ª Turma desta Corte, em 01.12.2011, no julgamento do REsp 948492/ES, desta relatoria, posicionou-se no sentido de se admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, dada a natureza de prestação alimentícia dos honorários advocatícios, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do Código de Processo Civil (AgRg-REsp 1297419/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, Julgado em 19.04.2012, DJe 07.05.2012). Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.” (TJPR, 12ª C.Cív., AI 940739-6, Maringá, Relª Angela Maria Machado Costa, Unânime, J. 27.03.2013).

Decisões contrárias as leis são comuns, especialmente, na âmbito político, sobretudo quando vêm a favorecer entes políticos de grande influencia e poder aquisitivo na sociedade. Neste contexto temos como exemplo a concessão de auxílio moradia a todos os juízes do país, em 15 de setembro de 2014, onde por medida liminar o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux deferiu na Ação Originária n.º 1.773/DF, determinando o pagamento de auxílio-moradia, no valor de R\$ 4.377,73, a todos os juízes do País. Segundo a decisão, a verba tem natureza de ajuda de custo, o que significa dizer que não está sujeita ao Imposto de Renda nem ao teto remuneratório do funcionalismo público, fixado com base no salário dos ministros do STF, recentemente reajustado para R\$ 33.763.

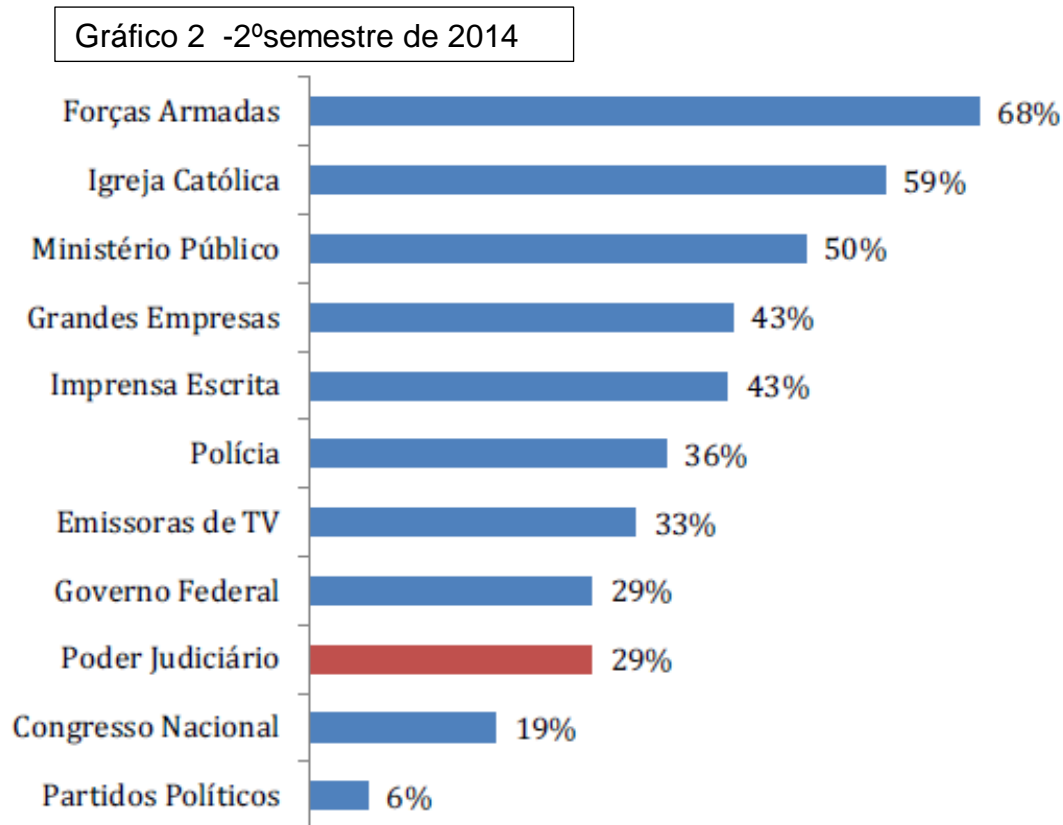
Neste caso específico, além de contra legem, a decisão do ministro Luiz Fux colide frontalmente com texto expresso de norma constitucional, no caso, o artigo 39, § 4.º, da Constituição federal, o qual estipula que os membros do Judiciário "serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória".

Por fim, segue a pesquisa realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas sobre do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), que tem como objetivo é acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro. A pesquisa ouviu 3,3 mil pessoas de oito unidades federativas (Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal). O levantamento realizado no segundo semestre de 2014 (gráfico 2), em comparação ao anterior, realizado em 2011 (Gráfico 1), aponta que a confiança no Judiciário caiu de 21 pontos percentuais, indo da quarta posição para nona, quanto ao grau de confiança nas instituições. Do qual segue o resultado em gráficos extraídos do site Fundação Getúlio Vargas:

Gráfico 1 - 3º semestre de 2011



- Gráfico 1 – aponta que no 3º semestre de 2011, a confiança no Poder Judiciário era de 50%;



- Gráfico 2 - demonstra que no 2º semestre de 2014 a confiança no Poder Judiciário era de 29%;

Assim a pesquisa acima serve para comprovar que a confiança no Poder Judiciário diminuiu bastante, ocorre que várias causas contribuíram para esse quadro de insegurança, dentre as quais destaco a instabilidade das decisões Judiciais, que não permitem que a sociedade se oriente de forma certa e previsível, e deixa o cidadão a mercê de entendimentos conflitantes e/ou decisões contra legem.

Por tanto para que se restabeleça a confiança no Poder Judiciário deve-se tomar as medidas cabíveis de uniformização das decisões jurisprudenciais bem como impedir que as decisões contra legem se proliferem, através de uma fiscalização eficaz dos Tribunais Superiores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise histórica da busca incessante pela segurança jurídica, vimos que a forma de conquistá-la evoluiu, ao passo que não se limitava apenas a norma positivada pelo Legislador pois a esta norma deveriam se agregar valores e princípios que a adequassem as constantes mudanças da sociedade. Tudo isso induziu a superação do positivismo ao pós positivismo, onde a função do juiz passou de mero aplicador da letra da lei a interprete, se tornando uma atividade bem mais complexa, pois em suas decisões cabia a inserção de valores e princípios.

Nesse contexto, vimos que a jurisprudência, surgiu como importante mecanismo de interpretar a norma, constituindo um conjunto de decisões constantes e uniformes sobre um determinado tema, e por tanto tinha como a finalidade servir como mecanismo que garanta a segurança jurídica, celeridade, efetividade, previsibilidade, estabilidade das decisões judiciais, no entanto a jurisprudência no Brasil pelo fato de ser constantemente alterada fez com que perdesse completamente o sentido, pois não há se quer previsibilidade das decisões.

A responsabilidade de tal fato deve-se ao fato de não haver por parte dos tribunais e no ordenamento pátrio o cuidado devido em manter estabilidade das decisões, no que diz respeito a uniformização da jurisprudência.

Dessa forma, convém perceber o quanto antes os problemas advindos da aplicação imérita da jurisprudência, haja vista que tais distorções causam uma insatisfação significativa na população, além de grande insegurança e incerteza jurídica, pois se nenhuma atitude for tomada quanto a interferência do judiciário na competência do legislativo a confiança no Poder Judiciário vai alcançar níveis alarmantes.

Há de se reconhecer, nesse contexto, que o juiz exerce importante função de interpretar a lei e adequá-la ao caso concreto, pois a lei não é estanque e definitiva, e para isso cabe a atividade do juiz de adequá-la ao caso concreto, dessa forma o o juiz assume um papel muito mais relevante do que uma mera prática hermenêutica, no entanto não lhe atribui o status de legislador, pois a solução conforme a lei mesmo adaptada às circunstâncias, é uma só.

Nesse diapasão a atividade do juiz deve sofrer limitações para que não cometa excessos, pois é inevitável, na prática, que o juiz ao julgar emita seu juízo de valor, atribua a norma uma dose mínima de subjetividade, à semelhança do que

ocorre quando o intérprete preenche de conteúdo os textos vagos e ambíguos, no entanto podem servir de tais afirmações não podem servir de cobertura ou disfarce para uma decisão que, na realidade, se revelaria *contra legem*.

Dessa forma, dentre os deveres os elementos fundamentais da sentença temos o dever do magistrados de fundamentar suas decisões e o de julgar em consonancia com os ditames legais, para que o não exceda seu papel de juiz e legisle sobre o caso.

Partindo de princípios como da legalidade que impõe a primazia da lei e a obrigatoriedade dos preceitos legais, enxergo as decisões contra legem no ordenamento pátrio concluisse que nesses casos não pode ser considerado que houve “aplicação do direito”, enxergo tais decisões como verdadeiro abuso de direito e uma afronta a segurança jurídica nas decisões judiciais, pois em suma, a aplicação do direito não pode depender fundamentalmente do juiz mas sim da lei.

Decisões *contra legem*, são por tanto, conforme João Baptista Villela “são hostis ao Estado de Direito e põem em risco a segurança dos cidadãos e das instituições”, isto posto, temos no Judiciário brasileiro um alto nível de insatisfação e insegurança que é fruto da instabilidade e imprevisibilidade das decisões judiciais, das existência de jurisprudência conflitantes, e das decisões contra legem que se perpetram em nosso judiciário que representam flagrante desobediência.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pg: 98.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Código de processo civil: lei 5.869 de janeiro de 1973**. São Paulo: Saraiva.

BARBOSA, D. F. **Reforma do judiciário, celeridade do processo e as súmulas vinculantes**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 138, a. 31, ago. p. 93-111, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Há hegemonia da justiça de deve a um legislativo fraco**. Conjur, Brasília, [s.d.]. Entrevista concedida em 26 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/hegemonia-judiciariolegislativo-fraco-afirma-barroso>.

BASTOS, João Caldeiras. **“O poder Judiciário e a lei. A decisão Contra a lei na jurisprudência Catarinense”**. disponível em: [ttp://jus.com.br/artigos/13013/opoder-judiciario-e-a-lei#ixzz3azBsJ6OB](http://jus.com.br/artigos/13013/opoder-judiciario-e-a-lei#ixzz3azBsJ6OB), acesso em 23/05/2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. CLEVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização

abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.1.** São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução JEFFERSON LUIZ CAMARGO. Martins Fontes. São Paulo. 1999

HART, Hebert. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

IOCOHAMA, C. H.; FUJIHARA, L. E. A.; GIMENES, A. P.; POZZOBOM, E. M. S. **As reformas processuais e seus reflexos na caracterização da jurisprudência: ampliação de poderes para uma fonte do direito.** Rev. Ciên. Jur. e Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 91-114. 2008.

JOSÉ ARMANDO PONTE DIAS JUNIOR E DAYANE KARLA BARROS DE FARIAS DUARTE. **O poder judiciário como legislador positivo atípico.** REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.8, n.3, p.131-166, set./dez.2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** In: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. acesso em: 22/03/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1983. Disponível em; http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1233

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

Novo Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em: 19/05/2015.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Segurança Jurídica e Direitos Humanos: odireito à segurança de direitos.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PELUZO, Cezar. “ Há um completo desprezo pela Legalidade no Brasil”. Entrevista concedida em 01 de fevereiro de 2009”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-01/entrevista-cezar-peluso-ministro-supremotribunal-federal>. Acesso em: 20/05/2015

RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO: EFICÁCIA, PODER E FUNÇÃO.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.