Anais
do
Seminário

O Desenvolvimento em Tempos de Crise

Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais

TIVOLI Ecoresort
Praia do Forte - Mata de São João
Bahia

12 a 15 de novembro de 2009

COPEDEM
Colégio Permanente de Diretores
de
Escolas Estaduais da Magistratura

Ministro
João Otavio de Noronha
Superior Tribunal de Justiça

Segurança Jurídica sob Perspectiva Econômica

Para se compreender e poder falar sobre segurança jurídica, é importante colocarmos o papel do Judiciário. É inegável, todos aqui entendemos que a segurança jurídica é um princípio constitucional. Vamos encontrar segurança como algo prometido e assegurado no texto constitucional. Vamos encontrar Capítulo do artigo 5º, no artigo 6º, a chamada segurança social. O fato é que segurança jurídica traduz, sem nenhuma sombra de dúvida, um princípio constitucional. Ele é passível de ponderação. Isto é, segundo a doutrina, o princípio sofre juízos de ponderação diante de cada caso em que há de incidir. Mas, por que dizia que era importante e, de fato, é importante, nos atermos ao papel do Judiciário? Porque o Judiciário é aquele constitucionalmente incumbido de interpretar as normas constitucionais. Hoje, a última palavra se assegura ao Supremo Tribunal Federal. As normas federais e infraconstitucionais vão ter três tribunais do Estado: o STM, jurisdição militar, o TST na jurisdição trabalhista ou nos papeis trabalhistas e na competência residual, ou seja, de tudo aquilo que não é militar e não é trabalhista, uma larga gama de normas ou de leis federais, a interpretação final cabe ao tribunal mais charmoso da República, que é o Superior Tribunal de Justiça. Começo apontando esses papéis para que possamos entender que o sistema constitucional brasileiro, quando tratou da arquitetura do Poder Judiciário, criou órgãos com papéis bem definidos. Deu ao Superior Tribunal de Justiça sua principal missão : interpretar a lei federal, ora reconhecendo sua violação, que dá ensejo ou contrariedade de uma decisão a lei, dá ensejo ao recurso especial previsto na Constituição, no artigo 105, inciso 3º alínea a.

O Superior Tribunal de Justiça tem um papel que é deveras importante também, o de extirpar e por fim às divergências na interpretação da lei federal, divergências essas ocorrentes entre os diversos tribunais da República. Lógico que os tribunais a que me refiro são aqueles que se submetem a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça - os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais. Se o papel constitucional, se a missão que a Constituição tributa ao Superior Tribunal de Justiça é o de interpretar ou nas palavras, na frase bastante sintetizada de Pon-

tes de Miranda, ao Superior Tribunal de Justiça, é dada a competência mais especifica em julgamentos de recurso especial, cabe a missão de interpretar a lei federal e assegurar a inteireza positiva no direito federal. É essa a missão do Superior Tribunal de Justiça . De igual modo, é a missão do Supremo Tribunal Federal assegurar inteireza da ordem constitucional brasileira, interpretando-a por último e com autoridade. Criados tribunais superiores com o papel de dar a ultima palavra, é lógico que não se pode negar - como alguns negam - de certa forma, um efeito, se não vinculante, pelo menos orientador e de compromisso para outras instâncias de outros lugares. É crível que o legislador criaria um órgão com essa missão aqui bem detalhada e que sua decisão fosse diuturnamente contrastada, testilhadas nas decisões dos tribunais de justiça ou nos tribunais regionais federais? É comum ouvir de juízes de primeiro grau e quando não de desembargadores - por mais perplexidade que isso possa causar - é que eles ainda não estão vinculados às decisões do Superior Tribunal de Justiça. Eu decido com eu quero e aí vou logo embora, com minha livre convicção.

Vamos interpretar as questões jurídicas. Primeiro, a livre convicção assegurada ao juiz é a livre convicção motivada dos fatos. O juiz não é o criador da norma. O juiz é seu aplicador, é a alma da norma interpretando, vivifica o espírito da lei, mas ele não pode contrariá-la. Se o sistema jurídico lhe permite, se há de fato uma força criadora das decisões judiciais, essa força criadora, ocorre na hipótese em que cabe se criar direito onde há um espaço, na medida em que não é permitido ao juiz deixar de entregar a prestação jurisdicional alegando uma ausência . Isso eu estou aqui a dizer no sentido de caracterizar que a segurança jurídica passa, evidentemente, por uma harmonia, por uma sintonia entre os diversos jogos que integram o poder Judiciário..

O conceito de jurisdição. Vamos lembrar aquela definição da Constituição que a cultura nos dera na década de 40, como dever de dizer, poder dizer, um direito para os casos completos e conseqüentemente resolvendo os conflitos de interesse. Hodiernamente prefiro ver a jurisdição não como um poder dever, mas como um dever poder. Explico. Na realidade, nós juízes não temos o poder de resolver os conflitos. Primeiro temos um dever, na medida em que o Estado moderno, o Estado civilizado subtraiu dos particulares a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos, o Estado atraiu para si um dever de solu-

cionar os conflitos quando invocado. Mas e o poder? O que é o poder? Poder é algo ancilar, instrumental. Algo que a Constituição coloca ao Judiciário para que ele possa julgar com autoridade, possa compor o conflito, resolver o conflito de modo definitivo. E para que a sua autoridade, que decorre do próprio poder do Estado, faça com que as partes se submetam a decisão consensual. Nossa missão no Judiciário é resolver conflitos. E para quê? Para estabelecer a paz social. Para preservar a paz social. Este é o papel do Judiciário - assegurar a paz social, resolvendo os conflitos de interesse. Se lembrarmos dos filósofos, verificamos que o direito se compõe de dois vetores. Integram o direito tanto o valor justiça quanto o valor segurança. O valor justiça propícia as partes, se valendo da oportunidade de defesa, de produzirem provas. Preocupa o legislador quando valoriza esse vetor justiça de alargar, aumentar os procedimentos, buscando sempre dentro do processo a verdade real. Mas nem sempre isso é possível. A demora de processo, quero dizer aos senhores, processo, já nos disse Francesco Canerlutti, repele a idéia de instantaneidade, onde processo é tão rápido, como em alguns países. Temos tido notícia que na América, processo verdadeiro não há. Processo é algo que se desenvolve no tempo para que as partes tenham oportunidade de alegar, produzir prova, o juiz apreender o conteúdo das informações que lhe foram levadas aos autos e proferir uma sentença justa.

Se processo repele a idéia de instantaneidade, é algo que dura certo espaço de tempo, esse espaço de tempo também não pode ser tão demorado, porque permite que o estado de perturbação da paz social se prolongue, que a paz social se perturbe. Daí a necessidade, por vez, de sacrificar alguns procedimentos, e o exemplo mais típico são os procedimentos processuais, de sacrificar valores como direito para prestigiar o valor segurança.

Segurança jurídica é conseqüentemente manter a harmonia da sociedade, das relações sociais. É evidente que os filósofos chamam a atenção e também temos, pela ciência disso, que o desejável em matéria do direito, é que se obtenha o valor segurança jurídica, com o menor sacrifício possível do valor justiça. Mas nem sempre isso é possível.

E como proceder diante da bifurcação justiça ou segurança jurídica? O legislador vai ponderar, se for preciso, primeiro a paz social, ele haverá de sacrificar o valor, de certa forma, a justiça. Se ele prefere,

como nas causas de família, de certo modo, o valor justiça, ele permite que a paz social - ainda reduzida a um grupo de pessoas - fique sacrificada por um bem maior.

Na Constituição, como é que se define ou quais as características da segurança jurídica? O que entender do que falamos de segurança jurídica?

Há cinco pontos ou cinco ítens destacados que designam segurança jurídica que enunciados hão de ser interpretados sempre.

O primeiro, para que se fale em segurança jurídica, é necessária a existência de uma instituição estatal dotada de poder e garantia, mas submetida ao principio da legalidade. O segundo é a confiança nos atos do Poder Público. Atos esses ou Poder Público esse, que há de se conduzir pela boa fé objetiva e pela fase original.

O terceiro elemento é deveras importante. Refere-se à estabilidade das relações jurídicas. O que entendemos por estabilidade das relações jurídicas? Essa estabilidade das relações jurídicas se manifesta de duas formas: primeiro, na durabilidade das normas jurídicas que devem ter um tempo razoável de existência. Segundo, na integridade das leis em relação aos fatos sobre os quais elas incidem, para que conseqüentemente na conservação dos direitos diante da nova lei, direitos esses adquiridos pela lei que se reporta.

Também é fundamental - em se tratando de segurança jurídica-ater-se a previsibilidade dos conflitantes. Previsibilidade no Judiciário, sobretudo nas decisões judiciárias, a estabilidade da jurisprudência, a estabilidade das decisões no sentido de que as Cortes não mudem rapidamente entendimentos.

Depois gostaria até de citar alguns exemplos que perturbam a segurança jurídica. Já adianto, no meu tempo ainda de direito público, ser dito que os escritórios de profissionais liberais não estavam sujeitos a conflitos. Não durou dois anos. O Supremo, numa posição oposta, entende que se diria, sim, conflitos. Poderia o Supremo entender? Claro que sim. Ele é o ultimo a falar. Mas o que deveriam ter procedido? O que se deveria ter reservado ou ressaltado? Moduladas decisões. E por que moduladas essas decisões? Para que não fossem punidos aqueles que se comportaram segundo o indicativo do tribunal superior.

Pense bem. E se o administrador e se a diretoria do banco que passa seu planejamento plantando o que a lei fiscal ou a lei tributária

incide sobre tais e tais fatos e de repente fica surpreendido com uma alteração abrupta? E o empresário que leva em conta a carga tributária na precificação de seus produtos e de repente é surpreendido com uma alteração da jurisprudência reinante dos tribunais? Digo isso para os senhores perceberem que as decisões judiciais, quando reiteradas, principalmente pelos tribunais superiores, quando consolidadas, constituem pauta de comportamento social. E quem com elas se comporta e age, evidentemente não pode sofrer uma punição por ordenamento jurídico. Portanto, a previsibilidade dos comportamentos - tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados - é elemento fundamental na caracterização da segurança jurídica.

Por último, diria que a segurança jurídica exige a igualdade perante a lei, inclusive impõe soluções isonômicas para situações idênticas ou quando muito clássicas. Quando digo estabilidade das decisões judiciais, vamos ver na Constituição, artigo 5º, inciso 36º, ele agasalha o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e finalmente a coisa julgada. Coisa julgada que pode ser flexionada ou relativizada pela ação processual. Mas não na largueza que está se querendo. Na flexibilidade, fazendo que a coisa julgada a ponto de torná-la não uma coisa julgada, mas dizia eu, mas uma coisa delgada, fininha, estreita, fácil de se arrebentar. Se a segurança jurídica, de fato, exige e de fato exige mesmo previsibilidade das decisões judiciais, a essa previsibilidade há de se adicionar a estabilidade das decisões judiciais.

Nosso sistema, garantido constitucionalmente, assegura a prevalência da coisa a julgar. Decisões judiciais transitadas em julgado, mesmo que transcorrido recursal, só podem ser revistas no prazo máximo de dois anos. Quando se tentou alargar esse prazo para cinco anos, o Supremo declarou inconstitucionalidade nas ações de desapropriação em beneficio do Estado.

Queria caminhar para uma reflexão neste auditório repleto de juízes, de colegas de magistratura, voltar a aquele tema que no inicio destaquei, da livre convicção, ou seja, daquela inconformidade com o princípio constitucional, da segurança jurídica, o julgado que é sabedor, conhecedor da jurisprudência cristalizada, sedimentada em súmula do tribunal superior, sob o pretexto da livre convicção, sentencia exatamente em sentido contrário.

Diria mais, para uma reflexão, tem esse julgador tal direito?

Vamos medir as conseqüências. Observem: o processo tem um custo. Aqui ontem, a professora Maria Tereza Sadek nos mostrava o custo para as empresas. Esse é um custo privado. Mas o processo tem um outro custo: o custo público, o custo da manutenção de gabinetes, o custo de transporte, o custo da digitalização, um custo suportado pelo contribuinte. Isso pode ser ignorado? Mas todos nós juízes achamos tão bonito falar que hoje, no moderno direito constitucional, asseguramos mais que um simples acesso ao Poder Judiciário. O Artigo 5º, inciso 36º, quando bem interpretado, estaríamos assegurando não somente um direito a petição, mas um direito a acesso a uma justiça justa, entendido no termo justo, justiça justa como acesso a uma justiça séria e eficaz.

Serenidade essa expressada, embora já embutida no conceito de acesso a justiça, no inciso 36º do Artigo 5º, o legislador vem explicitá-lo mais uma vez, criando um dispositivo próprio, no artigo 5º, número 78, para dizer que a todos fica assegurado um direito de duração razoável do processo. Mas tenho chamado a atenção para um fato: serenidade, efetividade se traduzem em resultado completo, não podem constituir, para nós juízes, um mero discurso, uma mera pregação. A Constituição exige mais, exige uma mudança de comportamento, um compromisso da magistratura com a serenidade e efetividade.

O exemplo mais típico - está ali o ministro do Rio Grande do Sul - o tribunal de sua terra mandou milhares e milhares de processos da Brasil Telecom, entre Brasil Telecom e consumidores, contrários às jurisprudências já sedimentadas no Superior Tribunal de Justiça. Diante do volume enorme de processos que ascendiam à Corte, no Direito Privado, afetamos a matéria para julgamento repetitivo, conseqüentemente paralisando o julgamento nos tribunais de justiça até que a Corte decidisse a questão novamente e ao decidir os singulares.

Suada matéria, julgado, os recursos voltam ao Superior Tribunal de Justiça, apenas com uma tarja dizendo: Perdi. A Turma ratifica a decisão anterior. Lembro até que com recurso repetido, o legislador dá até oportunidade. O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula: as decisões são contrárias antes de se alçar, antes de se remeter ao Tribunal. O Recurso Especial determina que se volte ao órgão julgador para que se manifeste diante da nova decisão. E o que faz o Tribunal do Rio Grande do Sul? Mantém a decisão. E nem teve o trabalho de fundamentar. Manda de volta ao Superior Tribunal de Justiça e se impõe o

dever de anular aquela decisão e determinar porque você mantém após o julgamento, o recurso repetido.

E aí surgem aquelas idéias que no momento de raiva nos leva a "vamos condenar aos desembargadores ao pagamento das custas pelo retardo da solução". Lógico que não é o momento disso, mas é no mínimo momento de uma reflexão. O que estão fazendo esses julgadores? Aplicando o princípio da serenidade, da efetividade? Têm compromisso com o resultado? E salve seu ponto de vista e aplique a jurisprudência para que a prestação jurisdicional seja de pronto entregue. Mas não. Ao aguçar o órgão superior, mandar milhares de processos para que nós, numa decisão padrão, venhamos a cassá-las e devolver os processos com custo elevado para o contribuinte, com publicação na internet, no jornal, intimação das partes, com horas de trabalho, porque são milhares. Onde está o compromisso com o valor justiça e segurança jurídica?

Precisamos entender que as nossas decisões refletem. As decisões de juízes, tenho dito, tem reflexo fora do âmbito do processo. Ora impactam a despesa pública, ora impactam orçamentos privados, empresariais, ora causam até enriquecimento injusto.

Aqui, para bem lembrá-los, chamou a atenção para o fato tendencioso da Brasil Telecom, quando se comprava um telefone nas décadas de 70, 80, ganhava-se 4, 5 ações que não valiam nada. De repente o telefone não vale nada e as ações estão valendo um Mercedes 350 importado (para aqueles que tem bom gosto como eu em matéria de carros)... Então, a Côrte superior não decide de supetão. Não chegamos a um assunto sem antes debatermos e decidirmos varias vezes. Quando se criou o instituto do recurso repetitivo, outra coisa, não é que não seja o de julgar de uma forma, de um procedimento especial, um recurso especial. Eu dizia inconcebível, porque de fato é impensável, é vergonhoso quando conversamos com juízes estrangeiros dizer que num Superior Tribunal de Justiça existe uma técnica para julgamento de recursos repetitivos. E por que é vergonhoso? Porque em Corte Superior de nenhum lugar do mundo há recursos repetitivos. Papel da Corte Superior é definir a fé jurídica. Definida, acabou.

Quero chamar atenção de meus colegas desembargadores, meus colegas juízes, não somos órgãos de revisão. E quando falamos que nós não somos órgãos de revisão, nós não estamos querendo desprestigiar

a última decisão da instância ordinária. Não, nós queremos valorá-la. Nós queremos que ela tenha importância que deve ter, de fazer a justiça dos casos concretos, porque este é um papel soberano das instâncias ordinárias e não do Superior Tribunal de Justiça e nem do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça não tem que limitar o papel de fazer justiça, basta os senhores lembrarem, que a nós, do Superior Tribunal, é vedado o exame da prova. A súmula sete não é um capricho do Superior Tribunal de Justiça para não conhecer os recursos. Ela reflui do sistema constitucional. A Corte só se entrega à solução de conflitos jurídicos ou de teses jurídicas. Ora, quem não examina a prova, não faz a justiça do caso concreto.

Isso quer dizer que avulta a importância da instância ordinária na solução dos conflitos do caso. E permitir que todos os conflitos sejam alçados `a Corte, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, seria desprestigiar, a transformar os tribunais estaduais, os tribunais regionais federais em mero órgão de passagem.

Tenho batido reiteradamente na tecla de que só vamos ter efetividade real e não como discurso, não como propaganda, o dia que a decisão judicial de primeiro grau valer. E para ela valer efetivamente, basta uma modificação no texto do artigo 520 do Código do Processo Civil, ou seja, tornar, de pronto, a sentença de juiz exeqüível, sendo a sustentabilidade do recurso, uma exceção a ser dada pontualmente, ou pelo próprio juiz da causa ou pelo tribunal, pelo relator do tribunal.

A regra que condiz com o vetor serenidade e efetividade é da eficácia imediata da decisão em primeiro grau, como também é da eficácia imediata da decisão do tribunal no recurso de apelação dos agravos. Portanto, parece-nos extremamente despropositado esse confronto decisões das instâncias ordinárias versus súmulas ou decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional ou do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Ora, pense bem... O juiz que decide conforme o entendimento dos tribunais superiores, que tem a missão constitucional de dar a ultima palavra na interpretação da lei federal há de ter sua decisão privilegiada, prestigiada, obedecida. Não é arrostando as decisões superiores que vamos construir uma estrutura judicial justa.

Certamente os senhores devem estar perguntando: estou me

referindo aos recursos repetitivos, ou seja, os entendimentos proferidos nos recursos repetidos pressupõem divergências já superadas dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça ? Não censuro quem julga a inconformidade com a decisão de uma Primeira ou Segunda Turma ou Terceira e Quarta, porque ainda há divergências. E até divergências existem para que as teses sejam debatidas uma, duas, três, quatro, para que depois da quinta, sexta, se consolidarem, onde todos nós, diante de uma reflexão continuada, amadurecemos nosso pensamento para chegarmos a uma decisão final ou a uma decisão cristalizada.

O ministro Ari Pargendler sempre me dizia uma coisa logo que cheguei, que isso é muito importante para nós juízes. Uma decisão que contraria a racionalidade econômica, se legitima e é verdade. Quero pegar esse exemplo da racionalidade econômica para falar em uma racionalidade jurídica, como sobreviver a decisões contrárias ao entendimento sufragado pela Corte que tem a missão de dar a última palavra na interpretação da lei federal. E aí a coisa se agrava.

E aqui quero destacar uma questão que muito me perturba e por que não dizer "perturba hoje a sociedade" ; a divergência entre o direito, diríamos comum, e os juizados especiais: asseguramento da competência ou de eficácia das suas decisões proferidas em casos concretos. Jamais na história da Corte tivemos uma admissibilidade, uma reclamação contra a Súmula. Ela expressa uma tese. Vamos ter que buscar um caminho. E aí eu pergunto: vamos criar mais um órgão, mais reuniões, mais debates para chegarmos a uma conclusão de que tem que prevalecer aquilo que o ordenamento constitucional determinou: a última palavra em matéria constitucional é do STJ? Mais custos, mais horas de trabalho, mais perturbação na vida das empresas, na vida do cidadão? É essa a justiça que queremos? É essa a justiça que vendemos ao jurisdicionado, que vendemos como idéia de uma justiça célere e justa? Célere e eficaz? Tenho certeza que não. Por isso que não falo para censurar, longe de mim, nem é nosso papel. Aqui denuncio para reflexão. Para que saibamos pontuar no contexto constitucional, a missão de cada um dos tribunais, de cada um dos juízes que integram o poder judiciário brasileiro. Para que possamos, sim, entregar aquilo que é o principal papel, um dos principais papéis do judiciário - garantir não só o valor justiça, mas, sobretudo a integridade do pensamento jurídico jurisprudencial, ou seja, garantir a segurança jurídica, na medida em que as

decisões dos tribunais, principalmente dos tribunais superiores,criam, sugerem pautas e normas de comportamentos. Essa discrepância, ao longo do tempo, nada contribui para um Brasil melhor, mais seguro, nada contribui para uma racionalidade econômica, apenas cria despesas públicas, despesas privadas e quando não insatisfação configuradora de um desprestígio da própria jurisdição. Eis em essência o que tenho para falar de segurança jurídica. Muito obrigado.