

COORDENADORES

Sidney Guerra

José Barroso Filho

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

AUTORES PARTICIPANTES

Alexandre Agra Belmonte
Alexandre de Moraes
Christine Peter da Silva
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Pessôa da Silveira Mello
João Augusto Ribeiro Nardes
José Antonio Dias Toffoli
José Barroso Filho
José Bernardo Cabral
José Celso de Mello Filho

Luís Roberto Barroso
Luiz Edson Fachin
Luiz Fux
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Aurélio Mello
Néfi Cordeiro
Rafael Campos Soares da Fonseca
Reynaldo Soares da Fonseca
Sidney Guerra
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

1ª Edição - Curitiba - 2018

Instituto Memória Editora

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais

Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

ISBN: 978-85-5523-251-0

BARROSO FILHO, J.

GUERRA, S.

SÉLLOS-KNOERR, V. C. de

30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: da teoria constitucionalista aos Tribunais Superiores.

Coordenadores: Sidney Guerra, José Barroso Filho, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr. Curitiba: Instituto Memória.

Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

386 p.

1. Direito Constitucional 2. Justiça e Sociedade
3. Democracia e Cidadania I. Título.

CDD: 340

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SEGURANÇA JURÍDICA E DEMANDAS ESTRUTURAIS: A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹

Tenho percebido, em muitas pessoas que não são da área do Direito, uma preocupação cada vez maior com um tema que antes não despertava tanta atenção: a segurança jurídica. As pessoas, cada vez mais, parecem ter dificuldade em saber como se comportar e de que modo agir diante do mundo das normas.

Segurança jurídica é um conceito contemporâneo, pós-revolução francesa. É filho do constitucionalismo, iniciado com a Carta americana de 1787, e do movimento de codificação do Direito nos países da Europa continental, desencadeado com o código civil de Napoleão, de 1804. Evidentemente, muita doutrina foi escrita a respeito, e, em especial nos países de filiação jurídica inglesa, a jurisprudência – notadamente o respeito aos precedentes – muito contribuiu para sua consolidação.

Durante um longo tempo, a ideia de segurança jurídica, entre nós, centrou-se na questão da legalidade. Saber se dada conduta estava conforme à lei (e a seus regulamentos) era a grande obsessão. Essa visão exegética, literal e burocrática – às vezes esquecida da finalidade da lei – foi marcante até perto do final do século XX.

¹ Ministro do STJ. Doutor e Mestre em Direito. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

Tal concepção é ainda a prevalente para muitas pessoas, que costumam achar que a segurança jurídica é simplesmente a observância das “regras do jogo” – converse-se com um empresário, por exemplo, e é bem factível que essa expressão venha à tona –, mas esse pensamento é muito reducionista.

Afinal, segurança jurídica tem a ver, principalmente, com o correto funcionamento das Instituições. Poderes legítimos, independentes, que se limitam uns aos outros, eleições limpas e periódicas, com a alternância das correntes políticas e a rotatividade dos mandatos; transparência da administração e mecanismos de fiscalização e prestação de contas (o que agora está na moda chamar *compliance*); isenção dos julgadores, razoável previsibilidade de seus julgados; respeito aos contratos, tanto pelas partes que os celebram como pelo Estado, observância aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos – não custa remarcar que perfeito, aqui, está estritamente no sentido do participio passado do verbo perfazer, não necessariamente na acepção de impecável – e aos casos já julgados são alguns de seus elementos primordiais.

Daí ser possível dizer que um novo paradigma de segurança jurídica, iluminado mais pelos princípios da Constituição do que meramente pela lei, foi tomando forma. E aqui no Brasil esse foi o momento da Constituição de 1988. E não há negar que esta instituiu o *Direito à Segurança Jurídica* em inúmeros de seus dispositivos, nomeadamente nos arts. 1º a 17, 39 a 43, 145 a 232 e em muitíssimos outros aqui não listados.

Sim, porque a Constituição deixou de ser vista como aquela norma que fazia apenas declarações solenes e belas como promessas ao vento, e passou a ser tida como regra vinculativa que precisa ser obedecida efetivamente. Inclusive quanto aos chamados *direitos sociais*. Nesse aspecto, o papel do Ministério Público, em nosso país, agigantou-se, até pela própria conformação que o constituinte lhe deu: não mais unicamente o órgão encarregado, na área penal, de buscar a punição dos crimes e, no cível, de velar pelos menores e incapazes, como em muitos países. Não. Aqui lhe foi dada uma missão ampla de zelar pelo interesse público em praticamente quaisquer esferas, em Juízo e fora dele.

Paralelamente, outro fenômeno decorrente dessa constitucionalização da compreensão do ordenamento foi o de introduzir definitivamente os princípios jurídicos (muitos dos quais com assento ou origem na Constituição) ao lado das meras regras

(em geral, decorrentes de lei). Pois bem, isso passou a propiciar ao aplicador do Direito – tanto àquele que o aplica de ofício, o administrador, o Executivo, como ao que o faz mediante provocação, o julgador, o Judiciário – uma esfera de liberdade maior.

Consequentemente, há uma complexidade muito maior do que o simples conhecimento de quais são as “regras do jogo”. Porque às vezes não se sabe nem quais são as regras nem que jogo é esse!

E isso é bom ou ruim para a segurança jurídica?

Na segurança jurídica legalista há o defeito do burocratismo, da limitação, do atrelamento puro e simples ao texto vigente e da construção de uma normatividade dependente, basicamente, do administrador, que define os parâmetros da atividade do Estado, e do juiz, que diz se está tudo de acordo com a lei. O que, obviamente, não satisfaz. Observe-se que os juizes mais antigos adoravam dizer que eram “escravos da lei”, os agentes do Ministério Público eram os “fiscais da lei” e assim por diante; hoje, todos preferem dizer que são aplicadores da Constituição, promotores da eficácia do ordenamento jurídico e por aí afora. Até já propõem substituir o consagrado apelido do MP de *custos legis* por *custos juris*...

Na segurança jurídica constitucionalizada não há mais essa vinculação absoluta ao legalismo, podendo-se – e a pergunta é: pode-se mesmo? – agir em nome de princípios, valores, etc. Acontece que tais valores, princípios, postulados e quejandos, por sua formulação quase sempre vaga, genérica e permissiva das mais diversas interpretações — muito em decorrência de um superficial entendimento, ou às vezes má compreensão de sua real estruturação teórica (Valei-me, São Dworkin! Protegei-me, Santo Alexy!) –, findam permitindo que cada juiz e cada administrador os aplique do modo que melhor lhe pareça.

Assim, finda-se recaindo numa nova armadilha que milita contra a segurança jurídica: a ausência de parâmetros compreensíveis por todos, uma vez que se abandonam os marcos legais – os quais, por mais que criticáveis, são reconhecíveis por todos – e se adotam postulações que, na prática, são extremamente subjetivas, permitindo o surgimento, diante da mesmíssima lei, de aplicadores das mais diversas tendências: liberais uns, rigorosos outros; garantistas estes, partidários da defesa social aqueles; humanistas aqui, estatistas acolá, e assim por diante. Invocam-se princípios para justificar as decisões mais diversas.

Frequentemente o mesmo princípio é usado como suporte de conclusões opostas. O da *dignidade da pessoa humana*, por exemplo, virou panaceia. Uma *katchanga*². E o leigo, cada vez mais confuso, pergunta: mas tal conduta é certa ou errada? Isto que estou fazendo é permitido ou proibido? E como os agentes estatais são muitos e múltiplos, diante do quadro narrado acima, muitas vezes as respostas são variadas, ainda que a Constituição seja única, e a lei aplicável, também uma só. Entretanto, um diz que pode, o outro que não. Um multa, o outro autoriza, e assim vai.

Há juízes – felizmente não são tantos – que a esse tipo de críticas respondem com a ideia do livre convencimento pessoal. Ora, a liberdade de convicção do magistrado ou a discricionariedade judicial não podem servir de escudo para legitimar qualquer desatino, personalismo, ou voluntarismo do julgador. A racional convicção tem seus lindes intransponíveis na prova dos autos, nos limites da lei e mesmo na lógica das coisas. O juiz não é Deus, ainda que pense que é. Não é Deus, mesmo que creia que é. Não é Deus, por mais que tenha certeza de que é. Não é Deus.

Do jeito que a coisa vai, todo o sistema que se levou tanto tempo para construir pode entrar em linha de risco – acho que já está! –, inclusive e principalmente suas bases econômicas.

Como bem coloca Eros Grau, em texto em que defende uma volta ao positivismo jurídico – sintomaticamente, aliás, afirma que os juízes têm de ser servos da lei.. –, “a interpretação é uma prudência, o saber prático, a *phrónesis* a que refere Aristóteles na *Ética* a Nicômaco. Daí falarmos em jurisprudência, não em jurisciência. A prudência é razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser. O Direito é uma prudência!”

E arremata:

Além de tudo, a interpretação do Direito não consiste somente em transformarmos textos em normas. O intérprete há de

² Sobre o tema, vale ler, pela ordem, de George Marmelstein, *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*, em <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>; de Lenio Luiz Streck, *A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*, em <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>; e, novamente, de George Marmelstein, *A gênese da katchanga: uma resposta a Lenio Streck*, em <<https://direitosfundamentais.net/2012/02/13/a-genese-da-katchanga-uma-resposta-a-lenio-streck/>>.

compreender os textos e a realidade, pois o Direito é um dinamismo contemporâneo à realidade. Ao intérprete – vinculado pela objetividade do Direito, não pela minha ou pela sua justiça – incumbe não apenas ler, compreender os textos, mas também a realidade.

Mas não é só, pois há uma diferença essencial entre justiça e Direito, *lex* e *ius*. Os juízes aplicam o Direito, não fazem justiça. O que caracteriza o Direito moderno é a objetividade da lei, a ética da legalidade. Não me cansarei de repetir que os juízes interpretam/aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça.

Por conta disso tenho insistido no fato de que tenho medo dos juízes. Em especial dos juízes dos nossos tribunais, que insistem em substituir o controle de constitucionalidade por controles de outra espécie, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios.

...

Apenas na afirmação da legalidade e do Direito positivo a sociedade encontrará segurança e os humildes, proteção e garantia de seus direitos de defesa.” (*Em defesa do positivismo jurídico*, O Estado de S. Paulo, 12/5/2018).

Consequentemente, mesmo quem não concorde com uma volta ao positivismo há de admitir que a aplicação do Direito, em nosso país, está padecendo de sérios problemas, principalmente em face desse fenômeno que alguns chamam de panprincipiologismo, outros de ponderação à brasileira, e que alguns simplesmente denominam geleia geral jurídica.

Pois bem. Se esses problemas da aplicação do Direito aparecem normalmente no dia a dia de sua implementação forense, e até administrativa, como dissemos, muito mais são suscetíveis de ocorrer quando se está diante de demandas estruturais e demais litígios complexos.

As ações estruturais destinam-se a suprir faltas do poder público que atingem direitos fundamentais de muitas pessoas. Em geral se tem, nesses casos, de um lado a complexidade dos problemas e de outro, para piorar, a urgência nas soluções.

A normatividade, muitas vezes, não oferece saídas imediatas para o julgador, que então — pressionado pelas circunstâncias e pelos reclamos de organizações sociais ou do Ministério Público — se vê numa situação em que, para resolver o impasse, aventura-se

num ativismo judiciário perigoso, porque interfere em políticas públicas em esferas que muitas vezes são técnicas, das quais não entende ou acerca das quais não tem as informações necessárias.

Se essas intervenções de per si já não fosse questionáveis, principalmente quando feitas à margem da lei ou até a despeito dela, carecem quase sempre de legitimidade política, e atraem, para o Poder Judiciário, novos problemas para lidar com os quais ele dificilmente está preparado. Não é raro que essas incursões, por mais bem intencionadas que sejam, sob o pretexto de resolver uma questão grave gerem consequências ainda piores.

Não custa lembrar que, dos três Poderes, o Judiciário é o único que não haure sua legitimidade diretamente da fonte básica que é, nos termos da Constituição, o Povo (art. 1º, parágrafo único). Juízes não são eleitos, muito menos membros do *Parquet*. O Judiciário, portanto, há de legitimar-se institucionalmente.

Não há dúvida que hodiernamente se faz uma releitura do princípio da separação dos poderes, permitindo uma atuação mais flexível do Judiciário, já em defesa de valores constitucionais – até mesmo restringindo os poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias – bem assim permitindo-lhe participar da implementação e da fiscalização das políticas públicas, quando a tais valores e direitos elas se referirem.

Mas essa visão, típica das várias correntes do neoconstitucionalismo, pode levar a uma *judiocracia* – que muito tem da tecnocracia dos planos econômicos do século passado... – preocupante, entre outros motivos pelo já referido déficit democrático, além de um decisionismo em alguns casos, é forçoso concluir, sem lastro em argumentação jurídico-racional sólida, mas em alegações morais ou puramente retóricas.

Evidentemente não se pode dizer que o juiz deve sempre denegar pedidos feitos nesse tipo de ação, até porque elas, consoante observa Eduardo Sousa Dantas, “podem conferir voz e direitos a minorias historicamente oprimidas”, mas devem ser manejadas com cuidado, de preferência mediante o emprego de técnicas decisórias mais abertas e dialógicas – embora isso não exclua aquelas mais tradicionais – como

a realização de audiências públicas, a elaboração de planos judiciais, a adoção de ordens negociadas entre as partes, [a] nomeação de auxiliares, peritos ou interventores e a utilização de medidas alternativas igualmente efetivas, porém de menor impacto financeiro. (*Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*, tese de mestrado, UERJ, 2017, p. 206).

O importante, por conseguinte, é exercitar a prudência, buscar apoio na técnica e não querer, afoitamente, caminhar por um voluntarismo que olvida as balizas legais e, em casos mais gritantes, afronta a lógica, chegando a caracterizar, em algumas poucas mas terrivelmente emblemáticas situações extremas, nada mais do que um desejo, uma crença ou uma convicção ideológica ou doutrinária pessoal que o magistrado, a todo custo, deseja fazer prevalecer sem submeter-se ao crivo do voto popular.

O papel dos Tribunais Superiores, diante de ações estruturais, não é diferente do que desempenham em outras demandas quaisquer: eles não foram criados para serem 3ª ou 4ª instância judicial. Sua destinação constitucional é funcionarem precipuamente, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, e o Superior Tribunal de Justiça como garante da integridade normativa e da uniformidade interpretativa da legislação federal.

Por conseguinte, a missão dessas Cortes é assegurar, no mais alto grau a eficácia do sistema normativo, isto é: conferir coerência e eficácia ao ordenamento. Em outras palavras, prestar jurisdição que dê segurança jurídica – o que, infelizmente, nem sempre têm conseguido.

No caso de uma demanda complexa – principalmente uma ação estrutural, que implique em o Judiciário avançar nas políticas públicas – o julgador tem de seguir alguns critérios:

- a) ter muito cuidado com a concessão de liminares, em especial sem a ouvida da outra parte;
- b) buscar respaldo na legislação, tendo cautela redobrada com a mera aplicação de princípios, de sorte a fundamentar de modo sólido e específico e não apenas de modo vago e genérico as decisões que porventura venha a tomar;

- c) procurar o máximo de informações sobre a matéria antes de conceder qualquer forma de tutela, por mais confiável que seja a parte requerente;
- d) valer-se das técnicas decisórias abertas e dialógicas antes mencionadas, sempre que viáveis e úteis no caso concreto;
- e) atentar especialmente para as limitações naturais que as soluções de demandas estruturais têm de observar: a já mencionada cláusula da reserva do possível, as balizas do Direito Administrativo e Financeiro – notadamente as orçamentárias – e as consequências financeiras das providências que determinar.

O Supremo – naquilo que envolver a Constituição – e o STJ – no quanto for concernente à legislação federal – como quaisquer outros órgãos e agentes do Judiciário, podem se ver diante de demandas estruturais. Terão eles de se pautar pelos mesmos padrões de cuidado a que vimos nos referindo. Mais: por sua própria condição de tribunais de cúpula, haverão, muitas vezes de exercer uma função corretora de excessos que porventura verifiquem na atuação das instâncias que lhe são tributárias de recursos.

Não significa tal afirmação que STF e STJ, em matéria de ações complexas vão sempre ser “os tiozinhos sisudos que podam a brincadeira das crianças travessas”. Longe disso. Em diversas oportunidades eles próprios têm caminhado na trilha do avanço – e até do risco – nessa matéria. O Supremo, por exemplo, já reconheceu até o chamado *estado de coisas inconstitucional* (na ADPF nº 347/DF), em relação a nosso sistema prisional. O Superior – não sem motivo afirmando-se cada vez mais como o Tribunal da Cidadania – tem, a seu turno sido pioneiro em vários temas que envolvem políticas públicas, da determinação para que os Estados ofereçam banhos quentes nas prisões ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Os Tribunais Superiores, portanto, estão constantemente a buscar resolver a difícil equação que pondera, de um lado, os limites de atuação do Poder Judiciário e, do outro, elementos como direitos fundamentais, direitos humanos e garantias sociais. O princípio da separação dos poderes precisa ser levado em conta nessa delicado cálculo jurídico.

Mas tudo dentro de muita prudência e buscando sempre fundamentar-se nas regras legais.

A doutrina é pródiga em exemplificar modelos de juiz que pensam poder resolver todos os problemas simplesmente com a força da sua caneta. O *juiz Hércules* é o mais famoso deles. Mas – se é para buscar um herói na mitologia greco-romana – talvez seja melhor um *juiz Ulisses*, capaz de se amarrar ao mastro da legalidade para melhor resistir ao canto de sereia das tentações voluntaristas, lembrando, com o jornalista e crítico social americano Henry Louis Mencken não estava longe da verdade em seu mal-humorado mas jocoso bordão de que “para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante – e completamente errada!”