

PRECEDENTE E SEGURANÇA JURÍDICA. A PREVISIBILIDADE¹.

Renata Polichuk

Resumo: Não se mostra mais possível pensar os sistema da *Commun Law* e da *Civil Law* de formas absolutamente estanques. É necessário perceber as mudanças jurídicas e sociais que demandam uma nova reflexão acerca da necessidade de manutenção da segurança jurídica por meio de uma maior previsibilidade dos cidadãos a respeito das expectativas que podem criar com relação ao Estado e a efetivação da justiça.

Palavras-chave: *Civil Law*. *Commun Law*. Segurança Jurídica. Previsibilidade.

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Ordenamento Jurídico e Segurança; 3) Conduta (Humana) Jurídica e Confiança; 4) A Questão da Previsibilidade; 5) Considerações Finais; 6) Bibliografia.

1) Introdução

O tema proposto nos sugere a análise de dois institutos, num primeiro momento o estudo dos precedentes e, em seguida, o estudo da segurança jurídica e, igualmente, nos sugere um ponto de congruência, qual seja, a previsibilidade.

De início não adentraremos ao instituto, propriamente, dos precedentes no sistema da *Common Law*, não só porque tem sido um tema vastamente estudo e discutidos por nós, mas também porque optamos por fazer uma análise um pouco mais detida do instituto da segurança jurídica em nosso sistema e, somente após, aproximá-lo nos sistemas legais da *Civil Law* e da *Common Law*.

¹ Publicação original em MARINONI, Luiz Guilherme. (Organizador) Título: Precedente e Segurança jurídica. A previsibilidade In: A Força dos Precedentes. Salvador : Juspodivm, 2010, v.1, p. 77-90. ISBN: 9788577613 (2ª EDIÇÃO)

O que se verifica da realidade atual em nosso ordenamento jurídico é um distanciamento cada vez mais grosseiro do ideário Estado Democrático, Segurança Jurídica e Justiça, como elementos complementares e não excludentes.

Luiz Flávio Gomes afirma, de maneira jocosa, que “se algo existe de permanente e fixo na legislação brasileira esse algo consiste (seguramente) na sua contínua mudança”².

O Ministro José Augusto Delgado em estudo dedicado à análise do princípio da segurança jurídica enquanto elemento indispensável da supremacia constitucional ensina:

Os vários estamentos sociais reconhecem que, na atualidade, está instalado um clima de insegurança jurídica na prática dos atos administrativos do Poder Executivo, nas funções exercidas pelo Poder Legislativo e nas decisões jurisprudenciais emitidas pelo Poder Judiciário. **Esses acontecimentos definem a estabilidade social e afrontam diretamente os direitos da cidadania e da valorização da dignidade humana**³.(negritou-se)

Como já se aludiu, infelizmente, esta instabilidade não está restrita apenas a legislação ou ao Poder Legislativo, ela é inerente e freqüente também nos atos do Poder Executivo e nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Talvez situação ainda mais grave esteja referida a este último poder, haja vista que, conforme dispõe nosso texto constitucional, é ele que através de suas cortes superiores possui a última palavra acerca da interpretação e aplicação das leis federais (STJ) e da própria Constituição (STF).

Tornou-se corrente em nosso sistema jurídico que haja decisões diversas para inúmeros casos assemelhados, seguindo o velho ditado de que “cada cabeça uma sentença” – para não usar de ditados populares mais grosseiros. Porém, este fenômeno, além de causar grande transtorno ao Poder Judiciário, que se vê cada vez

² GOMES, Luiz Flávio. **Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito.** *In* Direito e Justiça Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/391951/?reference_id=9a316e890f4ab9365c89b0494b28a4f86d4ea1fe>. Acessado em 02 ago. 2009.

³ DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional.** *in* Produção Intelectual dos Ministros do STJ. 21-Mai-2005. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/448>> Acessado em 15 jun. 2009.

mais avançado de processos e questões idênticas a serem decididas, não tem sido capaz de gerar decisões equânimes aos cidadãos, conferindo respostas diferentes a casos assemelhados, provocando instabilidades que não concorrem para o aperfeiçoamento do regime democrático.

E, a par disso, as soluções que se procuram buscar giram sempre sobre o mesmo vértice: alterações legislativas. Sem o devido comprometimento dos julgadores e especialmente das instâncias superiores em cumprirem seu papel primordial de pacificação social.

Exemplos recentes são o caso de criação da Súmula Vinculante através de emenda constitucional (e regulamentação infraconstitucional), alteração diversas na esfera processual buscando efetividade no rito processual com o implemento de novo rito para julgamento de recursos repetitivos, necessidade de repercussão geral dos recursos enviados ao Supremo, dentre inúmeras outras situações que, por vezes, nos passam despercebidas.

Que estes sistemas de normas positivadas buscam a diminuição de demandas, em busca de um aperfeiçoamento maior das decisões, não restam dúvidas, todavia, enquanto o próprio Poder Judiciário continuar a ignorar seu papel de fundamental importância no fortalecimento dos pilares da democracia e do Estado de Direito, estas alterações serão meramente estéticas, sem que se trate a real causa da insegurança e da crise que assola o Judiciário brasileiro.

O Ministro Sepúlveda Pertence, apercebido da “crise” gerada pela insegurança, afirmou que “(...) o pressuposto de maior consolidação democrática é diretamente relacionado à segurança jurídica. Creio que a imprevisibilidade e a extrema difusão do Judiciário muitas vezes pode comprometer, efetivamente, a idéia de um desenvolvimento mais estabilizado e mais consolidado⁴.

A verdadeira questão é que não se pode admitir que o Estado Democrático de Direito venha a ruir pela simples impossibilidade de nossos agentes políticos na criação e administração das leis, com a garantia de exigibilidade de um direito certo, estável e

⁴ PERTENCE, João Paulo Sepúlveda. **Entrevista concedida à Assessoria de Imprensa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/congresso2006/index.asp?secao=mostraentrevista&mat_id=6016>. Acesso em: 06 jul. 2009.

previsível, devidamente justificado e motivado com vistas à realização da justiça. Por isso é preciso repensar nossos dogmas acerca da positivação e do sistema *Civil Law*.

2) Ordenamento Jurídico e Segurança

Por outra monta, para que exista segurança jurídica como alicerce de um Estado de Direito, necessário se faz perquirir quais são as regras que formam este Estado de Direito e como elas se relacionam.

Para Kelsen o Direito “é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”⁵. Todavia, necessário observar que o jurista austríaco, em momento algum, afirma que tais normas seriam, estritamente, a lei, ao contrário expressamente reconhece que há duas espécies de normais: as gerais⁶ e as normas individuais, que são objetos das decisões judiciais. Portanto, é absolutamente equivocado afirmar que o Direito decorra exclusivamente da lei, engessar assim o sistema jurídico seria, em verdade, transformar a pirâmide de Kelsen em um mausoléu onde “jaz o Direito”.

Interessante notar que “contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo”⁷.

Não é a toa que o idealizador da “Pirâmide do Direito” preocupou-se, ao final de sua obra acerca da Teoria Pura do Direito, em dedicar-se ao estudo da interpretação

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 5.

⁶ Criadas, via de regra, pelo Poder Legislativo. Porém, podem também ser fruto do Poder Executivo através de decretos ou, ainda, resultado de produções regulamentadoras pelos órgãos e agentes públicos como portaria, normas regulamentadoras, etc. não se olvide, também, que no sistema brasileiro o próprio Poder Judiciário pode, também, criar normas gerais como é o caso das sentenças normativas da Justiça do Trabalho.

⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 23, n. 84, 2006, p. 167-175.

das normas gerais. Assim, “começou a criar um sistema dentro do Direito, um sistema que se sobrepunha ao positivo. Um sistema epistemológico do Direito”⁸.

Seguindo ainda a linha de raciocínio de Kelsen, em sua teoria da interpretação pela qual identifica duas formas distintas de interpretação, a autêntica e a não autêntica, podemos destacar a importância das normas ditas concretas.

Na interpretação autêntica, os exegetas são restritos e equiparados, de um lado o legislador e de outro o julgador. Ambos, legislador e julgador, estão legitimados pelo sistema a produzir normas que passarão, igualmente, a integrar o sistema. Note-se que um não vincula, necessariamente, o outro. Mas, ambos se vinculam mutuamente, posto que tanto o primeiro quanto o segundo estão inevitavelmente vinculados à Constituição⁹.

Não se está a afirmar que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário exerçam funções idênticas no Estado de Direito, ao contrário, se está a concluir que eles devem ser “independentes e harmônicos entre si”.

Em outras palavras, condicionar o Poder Judiciário, exclusivamente, a função de “*la bouche de la loi*” (a boca da lei) conforme afirmado por Montesquieu, seria imprimir ao Poder Legislativo não apenas o poder de legislar, mas também de decidir.

Na visão de Winfried Hassemer “os veículos que deveriam levar ao paraíso do Estado da lei se chamavam ‘Axiomatização’ e ‘Dedução’, e a primeira era a mãe da segunda” e assim relaciona ambas as concepções “se se conseguisse axiomatizar completamente a lei, formular todo seu conteúdo claramente, então a interpretação judicial não seria outra coisa que dedução, como derivação da decisão de casos a partir da lei – sem complementação com informações estranhas à lei”. Assim, em hipótese, “se algum dia fosse concluída a axiomatização da lei, então essas formidáveis codificações conteriam o conjunto de informações necessárias para a decisão dos casos, e isso em formulação clara e unívoca”. O sucesso desta teoria, segundo a

⁸ ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. **A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 04, dezembro. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html. Acesso em: 23 jul. 2009.

⁹ Assim, percebe-se que a “pureza do Direito” proposta por Kelsen, está propriamente no reconhecimento do Estado de Direito formado pelos três poderes independentes, não apenas pelo Poder Legislativo que edita as leis formais e abstratas, como pode parecer aos olhos mais desatentos dos leitores de sua obra, especialmente àqueles que não lerem o capítulo VII, introduzido na segunda edição: “A Interpretação”.

conclusão do autor “teria sido realmente a hora de um método jurídico vinculável e a morte de um Estado oligárquico dos juízes”¹⁰.

Não se está a afirmar que um Estado Democrático independa de regras, criadas inclusive pelo próprio Poder Legislativo. Como afirma o Prof. Marinoni “é certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso obviamente não é suficiente como argumento em favor de uma decisão correta. Decisão racional não é o mesmo do que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos”¹¹.

Seguindo esta linha de raciocínio para o aperfeiçoamento da racionalidade da argumentação judicial, Alexy propõe a passagem por quatro procedimentos: o discurso prático, envolvendo um sistema de regras que formula uma espécie de código geral da razão prática; o procedimento legislativo, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de racionalidade prática e, nesse sentido, justifica-se dentro das linhas do discurso prático. Depois seguem o discurso jurídico e o procedimento judicial¹².

A teoria do discurso jurídico, segundo explica o Prof. Marinoni “se assemelha à teoria do discurso prático por também constituir uma teoria procedimental fundada em regras de argumentação e ser incapaz de levar a um único resultado, caracterizando-se por ser sujeita à lei e à Constituição, aos precedentes judiciais e à dogmática”¹³. Por esta razão, “o discurso jurídico limitaria a margem de insegurança do discurso prático, mas obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado”¹⁴. O procedimento judicial se diferenciaria pela argumentação e pela decisão.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Doutrina do método jurídico e pragmática judicial**. In Panóptica. n. 12 Mar-jun 08. p. 80-97. Disponível em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>> Acessado em 23 jun. 2009.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm. Acesso em: 24. jul. 2009.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 532; v. Jules Coleman, *Truth and Objectivity in Law*, 1995, *Legal Theory* 33, p. 532 *apud* Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

Assim, a conclusão encontrada pelo autor é que “os resultados do procedimento judicial são razoáveis, segundo Alexy, se as suas regras e a sua realização satisfazem as exigências dos procedimentos que lhe antecedem, isto é, as regras do discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico”¹⁵.

Dentro desta perspectiva voltada a necessidade de segurança no Estado Constitucional de Direito o Prof. Clèmerson Merlin Clève:

Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico. Portanto, se no campo da subsunção ainda valem as *démarches* do positivismo, no campo da ponderação, da compreensão da Constituição como um conjunto também de princípios, são inevitáveis os ensinamentos, por exemplo, de Robert Alexy, de Ronald Dworkin e de Martin Borowski. Como no Brasil tem-se entendido que há ponderação mesmo quando nos pólos da relação tensionada estão princípios fundamentais e bens coletivos, difundiu-se uma aproximação maior a Alexy do que a Dworkin, pois este entende que só há ponderação entre direitos fundamentais (em particular os individuais)¹⁶.

É claro que não se pretende que a interpretação dita autêntica, ou melhor, aquela realizada por meio das decisões judiciais, encontre sempre uma, e só uma, solução possível e absolutamente correta, mas segundo Dewey possam ser realizadas

¹⁵ Idem.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em <www.clevedadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>. Acessado em 30 ago. 2009.

dentro de “uma lógica de previsão de possibilidade e não de dedução de certezas”¹⁷. É nesta medida que as decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas – abstratas e concretas – na medida em que são previsivelmente determinadas, ou seja, capazes de estabelecer uma moldura mínima ao conteúdo material das decisões, bem como uma exata legitimidade da forma de sua produção - mas também porque devem ser aplicadas dentro de uma moldura de elementos argumentativos justificadores que levam a uma razoável previsibilidade dos usos da coerção estatal.

3 Conduta (Humana) Jurídica e Confiança

O homem, enquanto elemento de uma sociedade civilizada, necessita de um parâmetro seguro para poder conduzir os atos da vida civil, familiar e profissional. Ao Estado cabe a responsabilidade de assegurar esse estado de sentimento através da conformação dos seus atos.

J. J. Gomes Canotilho esclarece que “partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e de forma responsável a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; e o princípio da confiança do cidadão”¹⁸. Indica ainda que “estes princípios apontam, sobretudo, para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de Direito”¹⁹.

O Ministro José Augusto Delgado, em breve retrospectiva acerca do Estado de Direito e seus aspectos basilares, expôs:

¹⁷ *apud* MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 44.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 375-376.

¹⁹ *Idem*.

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário.

Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade²⁰.

Neste exato sentido que “não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito”. Estas regras “podem tomar a forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais, ou mesmo leis ordinárias e precedentes judiciais”. O que importa destacar é que “valores como segurança e certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”²¹.

Destacando a importância de observância dos valores e princípios constante dos precedentes e implícitos nas legislações que, neste sistema de normas isoladamente não possui sentido suficiente em si, é possível afirmar, ainda, segundo Neil MacCormick que “tudo isso estabelece uma moldura capaz de proporcionar previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos providos”²².

Portanto, indene de dúvidas é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve se portar perante este, e também indispensável que o cidadão tenha a certeza e firmeza na sua ação de que caso haja em desconformidade

²⁰ DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf>. Acessado em 15 jun. 2009.

²¹ MACCORMICK, Neil. Op. cit. p. 17.

²² Idem. Ibidem.

com as normas, ou assim o façam com relação a ele, pode saber o que se esperar do Estado com relação à solução destas transgressões à ordem jurídica.

Dos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo sobre Política Jurídica, extrai-se que do Direito de Exigibilidade²³, indispensável para a realização da bilateralidade atributiva da norma jurídica²⁴, tem-se como necessário lançar mão do processo judicial²⁵. Entretanto, reconhece-se que, na prática processual, nem sempre da racionalidade jurídica resulta a exigibilidade do direito. Afirma o autor que:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos.²⁶

Assim, ao tratar da segurança jurídica individual, aduz não bastar a hipótese abstrata da garantia do “direito de exigibilidade” e suas hipóteses de sanção, mas sim, “que os instrumentos coercitivos do Estados sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada”.²⁷ Caso contrário, pode-se acarretar que “o exercício da exigibilidade se torne uma terrível frustração para o sujeito do direito”.²⁸

²³ Para o autor o direito de exigibilidade é razão da existência da norma positiva e implica no fato de que “existe a faculdade de ação judicial sempre que o direito subjetivo for ferido por ação ou omissão ilícita ou mesmo quando houver ameaça de ilicitude” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 37 *apud* CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica**. Disponível em < www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acessado em 15 jun. 2009.)

²⁴ “Refere à interação de pelo menos dois sujeitos vinculados numa relação jurídica da qual decorrem direitos e deveres” (Idem, p. 36)

²⁵ O processo judicial é entendido como “um sistema de preceitos normativos destinados a dar vida e movimento à ação, e sirvam de meios adequados para conduzir o feito até a concretização do direito pretendido.” (Idem, p. 37)

²⁶ Idem, p. 38.

²⁷ Idem. *Ibidem*.

²⁸ Idem. *ibidem*.

Nesta esteira, Miguel Reale afirma que acerca do tema “segurança” deve se observar a existência de “algo de subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma”.²⁹ O autor adverte para uma distinção necessária:

Há, pois, que distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranqüilidade e concórdia³⁰.

Para Reale “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”³¹, 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”³².

Pedro J. Frias corrobora o entendimento de estrita relação entre o Estado de Direito e a Segurança Jurídica da seguinte maneira:

A segurança é o contexto dentro do qual se tomam as decisões individuais e as interações dos atores sociais; para eles, é a expectativa de qual o marco legal é e será confiável, estável e previsível. Para que assim seja, é indispensável que as decisões dos atores políticos se tomem segundo a “lógica das regras” e não segundo a “lógica da discricionariedade”.

²⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 86.

³⁰ Idem. Ibdem.

³¹ Idem, p. 87.

³² Idem. Ibdem.

A segurança jurídica influí no crescimento econômico, porque a decisão de seus atores depende de suas expectativas a respeito do futuro, em primeiro lugar, e de suas expectativas a respeito das expectativas dos outros, em segundo lugar. Os problemas que surgem da incerteza, ações não cooperativas ou inconsistência temporal se resolvem dentro da lógica das regras³³.(tradução livre)

Afirma, J. J. Gomes Canotilho, que os princípios da segurança e da confiança jurídica são inerentes ao Estado de Direito, ensejando uma dimensão objetiva da ordem jurídica, qual seja, “a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”³⁴, sendo que outra “garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas”³⁵.

E completa:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas³⁶.

Extrai-se, portanto, que a protecção da confiança e a segurança jurídica exigem uma atuação Estatal que proteja os cidadãos das mudanças legais, que são necessárias para o desenvolvimento social³⁷.

4 A Questão da Previsibilidade

³³ J. FRIAS.Pedro. **Estado de Derecho Y Seguridad Jurídica**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, n. 1, janeiro/junho de 2003, pp. 246 e segs *apud* DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Disponível em < bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf >. Acessado em 15 jun. 2009.

³⁴ CANOTILHO, J. J. op. cit, p. 374.

³⁵ Idem. Ibdem.

³⁶ Idem, p. 373.

³⁷ idem, p. 375.

Canotilho, já vastamente citado, afirma que as idéias nucleares do princípio da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.³⁸

Da breve narrativa observamos que a necessidade de previsibilidade não é matéria nova, muito menos instituto criado de sobressalto com busca a remendar a imensa colcha de retalhos que sobrecarrega no regime legal. Ao contrário, a exigência de previsibilidade como elemento inerente ao princípio da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito é conceito antigo, todavia, por muitas vezes renegado e jogado às sombras pelos mais diversos argumentos.

Assim, surgem os questionamentos acerca da aproximação dos sistemas da *Civil Law* e da *Commun Law*, na medida em que a utilização do precedente (vinculantes) vastamente utilizados no sistema da *Commun Law* nos apontam uma solução, testada e aprovada, no sistema Inglês e Norte-Americano, especialmente.

Conforme apontado por Melvin Aron Eisenberg, em sua obra “The Nature of the Common Law”, sob a égide dos precedentes vinculante encontramos a satisfação não apenas do princípio por ele denominado de uniformidade, que também pode ser lido como igualdade, no qual o juiz ao decidir uma questão nova deve ter em mente que não decide tão somente um caso concreto particularizado pelas partes que o compõe, mas que, igualmente, esta a julgar um caso concreto que servirá como base para todo e qualquer litigante que se encontre em posição jurídica assemelhada.

³⁸ Idem. 380.

Desta forma resolvemos não apenas o problema da desigualdade nas decisões, como também um problema que não pode ser ignorado em nosso sistema, a questão do decisionismo e do causuísmo.

O mesmo autor destaca que o precedente desempenha papel ainda mais importante na sociedade, que é justamente aquele do qual viemos no ocupando o da confiança justificável.

Neste aspecto teríamos duas espécies de confiança a considerar, a denominada confiança especial, que consiste na confiança do próprio litigante antes de adentrar em juízo, acerca das condutas que planejou com base nos precedentes, bem como a confiança geral desempenhada pelos membros da sociedade que também planejaram suas condutas com base nas normas legais estabelecidas pelos precedentes.

Uma imagem reflexa do valor de proteger confiança justificada é o valor de prevenir surpresa injusta por aqueles que justificadamente confiaram em normas legais estabelecidas pelos precedentes.

Assim, a previsibilidade leva a confiança e vice-versa. Não é possível arraiga-se absolutamente num sistema positivado de normas que detenham tamanha indeterminação, sem possuir em contra partida uma válvula que nos permita, ainda, diante desta necessidade cada vez mais freqüente de cláusula aberta permitir que o cidadão ainda tenha segurança, pela previsibilidade de que suas condutas – se baseadas no sistema legal - serão endossadas pelo Poder Judiciário.

5 Considerações Finais

Para finalizar e concluir é necessário destacar que os precedentes apresentam-se como uma solução viável a um sistema, que mesmo positivado em normas escritas e pré-estabelecidas em abstrato como o nosso, não é capaz de imprimir segurança, estabilidade e previsibilidade as relações jurídica e seus cidadãos. Assim, a reflexão acerca do tema se faz real e urgente.

As constantes roletas russas do Poder Judiciário Brasileiro vem gerando não só imprevisibilidade e insegurança, mas principalmente descredibilidade a todo o sistema constitucional vigente.

Portanto, não se pretende com o presente estudo, dada a brevidade que se fez necessária, apontar soluções concretas ou definitivas, mas convidar a comunidade jurídica a se despir dos dogmas da *Civil Law* que muitas vezes nos impedem de ver que nosso sistema não é mais aquele criado na Revolução Francesa, como vistas a afastar o poder do soberano e distribuir função estanques entre os três poderes do Estado, para que assim fosse possível sua fiscalização. A realidade hoje é muito diversa daquela, os três poderes devem caminhar de mãos dadas, compondo um único e verdadeiro Estado, com vistas a atingir o objetivo maior deste Estado de manter uma sociedade justa e em paz.

Encerramos, assim, o presente ensaio com a reflexão trazida pelo Prof. Marinoni:

“A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juizes nas salas do *Civil Law*, além de não mais bastar, constitui piada de mal gosto àqueles que, perante uma das turmas do Tribunal e sob a inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei”³⁹.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Transformação do Civil Law e a oportunidade de um sistema precedencialista para o Brasil.** in Cadernos Jurídicos OAB- junho 2009.

6) Bibliografia

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica**. Disponível em < www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acessado em 15 jun. 2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em < www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>. Acessado em 30 ago. 2009.
- DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional**. Disponível em <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf>. Acessado em 15 jun. 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. **Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito**. In Direito e Justiça Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/391951/?reference_id=9a316e890f4ab9365c89b0494b28a4f86d4ea1fe> . Acessado em 02 ago. 2009.
- HASSEMER, Winfried. **Doutrina do método jurídico e pragmática judicial**. In Panóptica. n. 12 Mar-jun 08. p. 80-97. Disponível em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>> Acessado em 23 jun. 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 23, n. 84, 2006, p. 167-175.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto

Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm. Acesso em: 24. jul. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Transformação do Civil Law e a oportunidade de um sistema precedencialista para o Brasil.** in Cadernos Jurídicos OAB- junho 2009.

PERTENCE, João Paulo Sepúlveda. **Entrevista concedida à Assessoria de Imprensa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).** Disponível em: <http://www.amb.com.br/congresso2006/index.asp?secao=mostraentrevista&mat_id=6016>. Acesso em: 06 jul. 2009.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. **A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 04, dezembro. 2004. Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html. Acesso em: 23 jul. 2009.