

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

O CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE CONCEPT OF LEGAL CERTAINTY ON A DEMOCRATIC STATE RULED BY LAW

Antonio Gomes de Vasconcelos ¹
Renê Moraes Da Costa Braga ²

Resumo

O presente trabalho busca questionar a usual utilização do termo “segurança jurídica” como princípio apto a autorizar a manutenção de situações de injustiça e/ou obstáculo à melhoria contínua dos direitos fundamentais. Busca-se demonstrar que a invocação da segurança jurídica como argumento, no mais das vezes, não se dá para defender a previsibilidade ou a prevalência de regras sobre princípios, mas sim a manutenção de situações em desconformidade com as premissas do constitucionalismo contemporâneo. Por fim, propõe-se que a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito deve ser compreendida em duas dimensões, uma formal e outra substancial, apresentando conceitos.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Estado democrático de direito, Documento técnico 319, Microsistema de resolução de demandas repetitivas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to question the usual use of “legal certainty” as a principle capable of allow the maintenance of unjust situations and to difficult the evolution of fundamental rights. It also aims to demonstrate that the use of “legal certainty” as an argument, is often detached of concerns with predictability or prevalence of rules over principles, but the maintenance of a status quo in violation of the assumptions of modern constitutionalism. Ultimately, the paper proposes that in the democratic state ruled by law the legal certainty should be understood in two different dimensions, formal and substantial, suggesting concepts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal certainty, Democratic state ruled by law, Ancillary proceeding to solve repetitive claims

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região

² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

1 Introdução

Conceituar segurança jurídica é uma tarefa tormentosa, o que pode ser atribuído à ampla gama conceitual abrangida pela expressão. Ao recorrer à apertadíssima síntese dos dicionários jurídicos, é possível encontrar um conceito para o princípio da segurança jurídica como sendo a “certeza do direito e da proteção contra mudanças retroativas” (DIMOULIS, 2012).

Partindo-se dessa noção inicial, é possível começar a dividir alguns dos aspectos do instituto em tela. Conceitos mais detidos apresentam a segurança jurídica como um conceito ou um princípio que abrange duas dimensões, uma objetiva e uma subjetiva. A dimensão objetiva limitaria a retroatividade dos atos do Estado (através de mecanismos como o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), ao passo que a natureza subjetiva consistiria na proteção da confiança dos cidadãos nos atos, procedimentos e condutas do Estado que se apresentam como legítimos (SILVA, 2004).

Não obstante, mesmo a divisão proposta acima não encerra o problema de uma adequada conceituação da segurança jurídica. Isso porque muitas questões delicadas não podem ser respondidas apenas socorrendo-se do conceito apresentado. Quanto ao aspecto objetivo, quais seriam os limites do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada? Esses institutos seriam suficientes para manter situação jurídica em desconformidade com a Constituição? Quanto ao aspecto subjetivo, deve-se manter vantagem do administrado, mesmo quando essa vantagem importa em desvantagem a terceiro?

As dúvidas se tornam ainda mais agudas quando se questiona sobre a eficácia horizontal da segurança jurídica. Uma situação de injustiça entre particulares apresentada ao Estado Juiz deve ser mantida em homenagem ao princípio da segurança jurídica?

A resposta a tais questionamentos tem respostas mais sólidas se forem definidas anteriormente quais são os conceitos de Estado e Direito adotados pelo intérprete, além da necessária apresentação dos fundamentos eleitos para nortear a escolha dos constructos que apoiam tais escolhas.

Assim, busca-se demonstrar o equívoco cometido por muitos ao invocar a segurança jurídica como discurso de fácil fundamentação (GUNTHER, 2004), uma espécie de argumento coringa, para a manutenção de situações injustas.

Para tanto, questionar-se-á a utilização da segurança jurídica como princípio apto a submeter o ordenamento jurídico à lógica de mercado, mesmo que em desconformidade com a Constituição Cidadã.

Também será objeto de análise o papel argumentativo ocupado pela segurança jurídica na exposição de motivos da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil, que apresenta relação direta com a fundamentação exposta no Documento Técnico 319 do Banco Mundial, que foi elaborado para indicar elementos para reforma do setor judiciário na América Latina e no Caribe (BANCO MUNDIAL, 1996).

Por fim, propõe-se um conceito de segurança jurídica adequado ao Estado Democrático de Direito e ao projeto de sociedade inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) apresentando dois aspectos, a segurança jurídica formal e a segurança jurídica substancial.

2 Segurança jurídica no Estado Liberal e transição para um Estado Democrático de Direito

O princípio da segurança jurídica e da confiança do cidadão são considerados como elementos constitutivos do Estado de Direito desde o seu surgimento (CANOTILHO, 1993). E não haveria como ser diferente, uma vez que a grande conquista do Estado de Direito foi a submissão da vontade do monarca absolutista à adequação e conformidade com a lei, representação da vontade popular.

A segurança jurídica, tanto em seus aspecto objetivo quanto em seu aspecto subjetivo, representavam grande proteção contra os arbítrios desmedidos que poderiam ser cometidos sem qualquer consequência ou justificação sob a égide do poder absolutista. A figura da lei como norma geral e abstrata que submetia a todos era compreendida como a maior das garantidoras de direitos já que representava o rompimento com o modelo absolutista até então vigente.

Nesse contexto, é possível compreender o papel central assumido pelo princípio da legalidade (ou do *rule of law* na tradição inglesa), segundo o qual deveria haver uma supremacia política do Legislativo, submetendo o Poder Executivo a fazer apenas aquilo que a lei lhe permitia e limitando o Poder Judiciário à função de “boca da lei”.

Essa concepção acerca das competências de cada um dos três poderes acabou é uma consequência da vitória das concepções liberais na Europa pós revolução francesa, uma vez que o Legislativo submetia os demais poderes, mas era controlado pela burguesia, muitas vezes através de limitações ao direito de voto.

Essa dinâmica era extremamente vantajosa à organização capitalista, na medida em que “o laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado” (CANOTILHO, 1993).

Em outras palavras, pode-se dizer que a economia de mercado floresceu como nunca, uma vez que esta funciona através de uma lógica de previsibilidade de riscos de investimentos e o Estado de Direito, ao sacralizar o procedimento na expedição de normas como único critério de validade (SANTAMARIA, 2011), reduziu os riscos da atuação mercantil de maneira considerável.

Nesse contexto, o livre mercado pode proporcionar ganhos abissais para aqueles que conseguem dominar a produção legislativa.

A grande diferença para a organização no Estado Absolutista é que neste um ato estatal poderia gerar injustiça e ganhos descomunais aos eleitos pelo monarca, no entanto não havia qualquer garantia de manutenção destes, já que o Estado Absolutista possuía poder absoluto para conceder e para retirar. Já no Estado de Direito, organizado sobre a lógica do *tempus regit actum*, mesmo um comando legal injusto teria seus efeitos mantidos mesmo após uma alteração legislativa.

Ocorre que, da mesma forma que o princípio da legalidade submeteu o poder absolutista à uma medida de adequação, o advento do Estado Constitucional subverteu, novamente, a hierarquia normativa.

O autor italiano Gustavo Zagrebelsky narra a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional (ZAGREBELSKY, 2005) defendendo que as constituições escritas surgem inicialmente como constituições flexíveis, e portanto submetidas a lei, e serviam principalmente como mecanismo de vedação de retorno ao absolutismo.

A emergência do Estado Democrático de Direito, no entanto, subverte essa dinâmica, na medida em que reconhece a constituição como norma fundamental superior e condicionante da lei.

A transição de um Estado de Direito para um Estado Constitucional é, portanto, profunda. Zagrebelsky afirma que a mudança foi “genética” implicando, até mesmo, numa mudança no próprio conceito de Direito. A transição paradigmática de um “direito por regras” para um “direito por princípios” caracteriza o que o autor denomina de “direito dúctil”, adequado a época de rápidas transformações que caracteriza a era do Estado Democrático de Direito.

Essa concepção é importante para entender o porquê da tão recorrente denúncia a um contexto de “insegurança jurídica”, principalmente pelo empresariado e pelos investidores, como passa-se a expor.

Ao delimitar a transição paradigmática de um direito por regras para um direito por princípios, Zagrebelsky narra que a concepção atual de lei não é a mesma que havia no Estado

de Direito do século XIX. No contexto do Estado de Direito, “lei” era basicamente o código (tendo como expressão máxima o código napoleônico de 1804), compreendido como a vontade positiva do legislador. Isso porque, dentro do paradigma racional vigente, acreditava-se que o código era expressão da racionalidade humana e que, através da utilização do método correto, poderia se impor em qualquer situação e resolver qualquer litígio.

Dentro desse paradigma, o sistema jurídico era entendido como um fenômeno harmônico e completo que fixava seus conceitos de validade em critérios unicamente formais e procedimentais, entendidos como suficientes para identificar a “vontade do povo” que se expressava através da lei.

No entanto, a transição de um Estado de Direito para um Estado Constitucional vem acompanhada da alteração da compreensão e do papel da “lei”. Zagrebelsky aponta que no Estado de Direito a ideia de “ordenamento jurídico” representava um sistema normativo que era, de fato, ordenado e harmônico. Dentro desse paradigma, o intérprete poderia resolver qualquer questão, bastando valer-se do raciocínio indutivo ou de analogias.

Nos Estados Constitucionais, principalmente em função da organização em democracias representativas, o produto legislativo é a consequência de diversos interesses heterogêneos e da necessária formação de coalizões que garantem a governabilidade. O sistema jurídico não é mais considerado como “ordenamento” mas sim como o produto do consenso possível, o que faz com que este seja repleto de antinomias e incoerências entre a lei e as demais fontes do direito.

Não obstante, essa dinâmica não importa em uma “anarquia normativa”, na medida em que a constituição assume uma função unificadora do sistema jurídico, submetendo todas as demais fontes normativas à sua supremacia. Em outras palavras, nos Estados Constitucionais não há qualquer incoerência teórica ao se deparar com duas leis que apresentam comandos em sentidos distintos. Nesses casos, cabe à constituição determinar qual deve prevalecer.

Assim, a concepção típica do Estado de Direito Liberal de previsibilidade baseada apenas em um procedimento formal é claramente anacrônica.

No paradigma do direito dúctil, para utilizar a expressão de Zagrebelsky, é totalmente compreensível que um grupo organizado da sociedade consiga aprovar uma lei que privilegie seus interesses e que atos jurídicos sejam praticados sob a égide dessa norma apenas para, posteriormente, verificar-se a inconstitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário, que tem a função de guarda da Constituição e sempre apreciará lesão ou ameaça a direito (artigos 102 e 5º, XXXV da CRFB/88).

Ignorar esse fato seria ignorar a dinâmica da produção legislativa moderna. Há, inclusive, uma gíria que denomina a inclusão de emendas parlamentares em normas com as quais não guardam qualquer pertinência temática, apenas para ver aprovado um dispositivo legal a autorizar condutas condenáveis, são as chamados “emendas jabutis”.

Não se defende a ideia de que aqueles que invocam a segurança jurídica como argumento para manutenção de situações contrárias à constituição não compreendem a mudança paradigmático ocorrido num Estado Constitucional, mas apenas que essa é uma escolha ideológica incompatível com os valores constitucionais e com o projeto de sociedade inscrito na CRFB/88.

Vários são os autores que apontam a “insegurança jurídica” como o “mal do século XXI”:

Eis o grande mal do século XXI: a insegurança jurídica. Desrespeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (não existe mais direito adquirido contra a CF, embora seja ela mesma quem o garanta), mudanças bruscas na jurisprudência já consolidada, inovações legislativas sem qualquer planejamento e polêmicas bizantinas que não levam em conta as consequências práticas da discussão erudita; tudo isso, somado aos 300.000 atos normativos em vigor no país, a maioria de difícil compreensão, leva a um sistema hermético e distante da realidade social. Quem paga a conta é a sociedade. (CAPEZ; CAPEZ, 2010).

Em outro momento do texto, os autores apontam a razão pela qual identificam a insegurança jurídica como o “mal do século XXI”, apontando consequências indesejáveis atribuídas a essa.

Estudos patrocinados pelo Banco Mundial revelam que a disparidade de soluções judiciais para problemas análogos reforça o fator aleatório na solução de litígios. A aplicação de princípios constitucionais demasiadamente abrangentes, em detrimento de regras claras em vigor, infla a chama da instabilidade. A isso some-se o tempo de tramitação das demandas e a inexistência de um prazo razoável máximo para seu equacionamento. Tudo isso influencia a classificação da avaliação do risco (*rating*) por parte das conhecidas agências internacionais de análise das diversas economias. Em outras palavras, a insegurança jurídica tem custo e atrasa o país. A democracia e o estado de direito necessitam tornar previsíveis os retornos dos vultosos investimentos que alavancam o país para o progresso, a fim de propiciar a geração de empregos, bens e riquezas para a nação. A preservação dos direitos adquiridos dos empreendedores e a valorização de sua boa-fé são necessárias para a estabilização das situações e o desenvolvimento pleno na perspectiva do estado democrático de direito. (CAPEZ; CAPEZ, 2010).

As circunstâncias que preocupam os autores demonstram a quem serve o discurso da segurança jurídica, restando perquirir se, de fato, os interesses dos investidores e

empreendedores são eleitos como merecedores de proteção no projeto de sociedade insculpido na Constituição Cidadã.

Os estudos patrocinados pelo Banco Mundial mencionados acima foram compilados no Documento Técnico 319 (BANCO MUNDIAL, 1996). O citado Documento Técnico recomenda a realização de reformas no Poder Judiciário para que este se adeque melhor aos interesses do mercado, assumindo a posição de facilitador das atividades do setor privado, veja-se:

Os países da América Latina e Caribe passam por um período de grandes mudanças e ajustes. Estas recentes mudanças tem causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças. (BANCO MUNDIAL, 1996)

A proposta do Banco Mundial é, portanto, reduzir a atuação do Poder Judiciário à pacificação social (garantidor de previsibilidade para o mercado), de preferência com respostas rápidas e minimalistas.

É justamente essa a posição defendida na passagem acima, que condena a aplicação de princípios em detrimento de regras. Ora, desde a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional não se questiona a força normativa da constituição e de seus princípios, não havendo qualquer fundamento jurídico válido para afastar essa aplicação. Pior ainda quando o fundamento invocado para condenar a prevalência dos princípios sobre regras é o melhor interesse do mercado.

Não obstante, não é, de fato, a prevalência das regras que motiva esse discurso.

Ainda no texto “Insegurança jurídica: o mal do século XXI”, os autores criticam abertamente a regulamentação trabalhista que é baseada, curiosamente, na regulamentação mais longeva do ordenamento. Nota-se, portanto, que a aversão a “mudanças bruscas”, ou a prevalência de regras, merecerem reprimenda apenas quando são contrárias aos interesses do “mercado livre”.

Ha ainda, no entender dos autores, um certo “ativismo” nas ações de juízes e procuradores do Trabalho, anulando clausulas negociadas livremente entre patrões e empregados, não raro contrariando até mesmo entendimentos mais “liberais” do Tribunal Superior do Trabalho - o que evidentemente vem a desestimular a livre negociação, pressuposto básico de uma economia de mercado livre.

(...)

De fato, o modelo de disciplina das relações de trabalho no Brasil é demasiado legalista e os contratos coletivos tendem a não ser respeitados. Leis obscuras e sentenças muito divergentes umas das outras são a consequência vivida dentro desse

modelo extremamente legalista, baseado numa legislação alienígena de inspiração fascista, sexagenária. (CAPEZ; CAPEZ, 2010).

Dessa perspectiva, é possível aferir que a segurança jurídica não se presta apenas para defender mudanças graduais no sistema jurídico buscando-se evitar convulsões sociais, mas sim como argumento a justificar a manutenção de privilégios ou interesses do empresariado.

Portanto, se torna importante uma correta compreensão do instituto, evitando-se sua utilização de maneira subvertida. No Estado Democrático de Direito a segurança jurídica, assim como o direito, se legitima não pelos procedimentos formais, mas por sua fundamentação moral e ético-política.

As instituições jurídicas (normas) não se legitimam suficientemente pelas referências positivistas (formais) de sua produção; requerem “justificação material”. No modelo positivista, o direito tem força constitutiva apenas como meio de controle, combinando os meios dinheiro e poder, e reservando-se-lhe uma “função (meramente) regulativa”, em lugar de “função social-integrativa”, que se lhe reserva no Estado Democrático de Direito.

O direito vale porque posto de acordo com procedimentos democráticos. Sua aplicação, contudo, não se legitima tão-somente pela consistência das decisões, mas por sua fundamentação moral e ético-política, o que determina uma tensão entre segurança jurídica e correção da decisão, o que dá relevância à questão da aplicação jurídica adequada. (VASCONCELOS, 2007).

Nesse sentido, a conceituação da segurança jurídica precisa ser compreendida em nova dimensão, não podendo mais restringir-se à manutenção do *status quo*, o que deixaria o instituto esquecido no paradigma do Estado de Direito, fadado a um anacronismo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

3 Segurança jurídica formal e as iniciativas do Novo Código de Processo Civil

Compreender a segurança jurídica como sendo a certeza do direito e da proteção contra mudanças retroativas permite a divisão do instituto em dois aspectos, a segurança jurídica objetiva e a segurança jurídica subjetiva (princípio da confiança).

Essa divisão, no entanto, não é suficiente. Defende-se que a compreensão da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito deve ser considerada em duas dimensões, uma formal e uma substancial.

Primeiramente, a dimensão formal da segurança jurídica seria a garantia de previsibilidade do direito e da rápida solução dos conflitos.

Ao analisar os tribunais nas sociedades contemporâneas, com foco no caso português, SANTOS (1996) descreve a presença de litigantes frequentes, que se envolvem em litígios

similares ao longo do tempo (*repeat players*), ao passo que outros buscam o poder judiciário apenas esporadicamente (*one shot players*).

O autor ainda explica que um litigante não é frequente ou habitual apenas com base no tipo de litígio no qual está envolvido, mas também com base na sua disponibilidade de recursos e relação com Poder Judiciário.

Esse quadro engendra uma apropriação da própria estrutura pública. As grandes corporações, utilizando-se da inafastabilidade da jurisdição, organizam seus empreendimentos considerando a possibilidade de conflitos e se estruturam para poder conduzir diversos processos, o que implica em menores custos para litigância, ante a estruturação de departamentos especializados.

Por outro lado, os litigantes esporádicos pouco recorrem ao Poder Judiciário e quando o fazem, por não possuírem a estrutura necessária para tal, não possuem os meios adequados para conduzir o processo e não recebem a necessária resposta rápida do Judiciário, que está assoberbado com incontáveis casos propostos pelos litigantes frequentes.

O Conselho Nacional de Justiça (2011) realizou estudo para apurar quais são os cem maiores litigantes do Brasil e apresentou os seguintes dados:

Observa-se (...) que o setor público federal e os bancos representam cerca de 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%).

O dado acima demonstra a apropriação da estrutura pública citada acima. Essa “colonização” da estrutura do judiciário leva a uma insustentável crise estrutural de congestionamento de processos, pondo em cheque até mesmo a legitimidade do Poder Judiciário.

Essa circunstância contribui para uma taxa de congestionamento (que representa o percentual de processos que não foram baixados durante o ano) de 71,4% no Poder Judiciário no ano de 2014 (CNJ, 2015).

O quadro é, de fato, preocupante e empolga diversas reformas que buscam apresentar soluções para a citada crise. A última grande reforma que busca combater esse cenário foi a aprovação da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O anteprojeto da citada lei (BRASIL, 2010) utilizou a expressão “segurança jurídica” por nove vezes. A preocupação com a segurança jurídica exposta no citado anteprojeto, no entanto, é a mesma exposta no Documento Técnico 319 do Banco Mundial, citado acima, na

medida em que restringe-se à previsibilidade dos atos jurídicos, apresentando, expressamente, a intenção de conter a atuação do Poder Judiciário, veja-se:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (BRASIL, 2010).

A proposta apresentada pelo Novo Código de Processo Civil é o que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis denominou de “microsistema de solução de casos repetitivos”¹ (NUNES, 2015).

Dentro desse microsistema merecem destaque para o presente estudo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 133 e seguintes do Novo Código de Processo Civil) e o Incidente de assunção de Competência (art. 947 do Novo Código de Processo Civil), que não é objetivo do presente artigo mas também demonstra a força da concepção verticalizadora de jurisdição adotada pelo Novo Código de Processo Civil.

Da sistemática proposta pelos dois incidentes citados acima, a questão das taxas de congestionamento é encarada através do fortalecimento dos precedentes judiciais, a vista do que já aconteceu anteriormente com a súmula vinculante, por exemplo.

Não é objetivo do presente estudo analisar de maneira aprofundada os citados incidentes, mas da forma como implementados no Brasil, parece claro que a adoção do sistema de precedentes visa mais à tentativa de redução das taxas de congestionamento do poder judiciário através da fixação de precedentes de aplicação obrigatória do que o alcance de julgamentos mais justos.

Não se pretende negar o fato de que as taxas de congestionamento de processos são, de fato, um problema grave e que devem ser enfrentadas adequadamente. No entanto, as reformas para combater este quadro devem ser, antes de tudo, qualitativas. Em outras palavras, as reformas serão, de fato, efetivas quando superarem técnicas que reafirmam as técnicas já vigentes. Nesse sentido:

A mal falada “crise do judiciário”, em sua leitura feita pelos instrumentalistas do processo e constitucionalistas nacionais, deixa transparecer na realidade outro problema: uma crise de legitimidade das decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro,

¹ Enunciado n.º 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes)

quer por submisso aos interesses funcionais do Mercado ou do Poder Administrativo, quer por ainda apegado a uma leitura paradigmática de Estado incompatível (a nosso ver) com a atual. Na realidade, estamos no meio do turbilhão apontando uma ruptura que é iminente; enquanto isso, nossos juristas viram as costas ou se limitam a apresentar propostas paliativas- como súmulas vinculantes, repercussões gerais/transcendências e demais efeitos vinculantes – procurando por meio de *força* e uma pseudo autoridade (já que carente de legitimação) fixar e (re)afirmar uma “segurança jurídica” equivocada. (FERNANDES; PEDRON, 2008)

Em suma, as taxas de congestionamento do Poder Judiciário constituem um problema que nega aos jurisdicionados a segurança jurídica formal e precisam de uma solução, na medida em que deixam em suspenso por vários anos a solução dos conflitos.

Não obstante, a adoção de soluções como o microssistema de solução de casos repetitivos não é a resposta mais adequada e não contempla a dimensão substancial da segurança jurídica, que passa-se a analisar.

4 Segurança jurídica substancial e o Estado Democrático de Direito

Retornando à exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010), pode-se perceber a preocupação com a estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais a despeito de seu conteúdo, veja-se:

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

(...)

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica,¹⁴ que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. (BRASIL, 2010)

Essa previsão é clara resposta às várias críticas formuladas ao chamado “ativismo judicial”, conceituado como interferência indevida do Poder Judiciário na esfera privada, apontada ainda como afronta à segurança jurídica por subverter a separação dos poderes. O “ativismo” é ainda apontado como motivo de piora dos indicadores econômicos, veja-se:

Vimos acima que jurisprudências conflitantes, a demora e a dificuldade na solução de litígios, o sucateamento do poder judiciário ou o ativismo de cunho “social” de seus membros - a não dar conta da crescente demanda de ações propostas e do acervo já existente de anos acumulados - são responsáveis pela piora de numerosas variantes econômicas, gerando uma situação pré-caótica em nosso país. (CAPEZ; CAPEZ, 2010).

No entanto, essa eleição de prioridades não coaduna com os valores estruturantes do Estado Brasileiro. Ora, se a CRFB/88 expressamente define como fundamentos da República a

soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político e nada versa sobre a importância dos indicadores econômicos, a prevalência daqueles é natural.

No mesmo sentido, os objetivos de nosso Estado Democrático de Direito estão bem definidos e contemplam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a garantia do desenvolvimento nacional, de maneira harmônica com a erradicação da pobreza e da marginalização, com vistas a diminuir as desigualdades sociais e regionais. Privilegiar o desenvolvimento nacional olvidando-se, ou sobrepujando os demais objetivos verifica-se clara afronta ao projeto de sociedade eleito pelo constituinte.

Quando o judiciário se depara com conflito em que a aplicação de uma norma se traduz em afronta aos princípios, fundamentos e valores constitucionais é seu dever fazer valer a força normativa da constituição.

Nesse sentido, encontra-se a segurança jurídica em sua dimensão substancial. Propõe-se que a dimensão substancial da segurança jurídica garanta que a lesão ou ameaça a direito não serão afastada da apreciação do poder judiciário que tem o poder, e o dever, de fundamentar suas decisões em conformidade com os dispositivos constitucionais de modo a contribuir com a formulação de uma sociedade cada vez mais coesa com o projeto constitucional.

Para uma correta compreensão da proposta ora defendida, se faz necessário atentar para a intensa fluidez da dinâmica social do século XXI. Atualmente, as relações jurídicas possuem diversas naturezas e estão em constante sobreposição, o que se acelera em função da densa industrialização, da crescente urbanização e das profundas alterações sociais causadas pela informatização, difusão e democratização dos meios de comunicação.

Nesse contexto, deve-se compreender que os Direitos Fundamentais, que orientam todo o sistema jurídico, estão em evolução contínua e tem sua definição compreendida dentro de cada contexto histórico.

Assim, situações que eram perfeitamente cabíveis e/ou aceitáveis há poucas décadas podem ser compreendidas atualmente como inaceitáveis transgressões de direitos fundamentais, clamando por uma projeção positiva do estado juiz.

Para esclarecer melhor a proposta ora defendida, analise-se o julgado abaixo:

APLICABILIDADE RETROATIVA DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A edição de súmulas tem por objetivo pacificar a jurisprudência, expressando a inteligência e a adequada aplicação dos princípios e regras legais já existentes, não se submetendo ao princípio da irretroatividade das leis. Todavia, no período da prestação dos serviços da autora, o entendimento predominante no âmbito dessa Especializada era no sentido

da incompatibilidade da estabilidade com o contrato por prazo determinado, entendimento diametralmente oposto ao atual, de modo que analisar a situação pretérita conforme a jurisprudência contemporânea viola o princípio da segurança jurídica, igualmente tutelado pela Constituição.

(TRT da 3.^a Região; Processo: 0001191-14.2013.5.03.0003 RO; Data de Publicação: 07/08/2015; Disponibilização: 06/08/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 290; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S.Campos; Revisor: Ricardo Antonio Mohallem)

Note-se que a decisão invoca a segurança jurídica para negar a garantia de emprego de gestante contratada através de vínculo de emprego por prazo determinado, ao fundamento de que, ao tempo da contratação, o entendimento prevalecente no Tribunal Superior do Trabalho era de incompatibilidade entre o contrato por prazo determinando e o instituto da garantia de emprego da gestante. Em 2012, o Tribunal alterou o item III de sua súmula número 244 para prever:

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado.

Essa alteração de entendimentos está em conformidade com a evolução histórica dos direitos fundamentais e privilegia a proteção integral da criança e do adolescente. A segurança jurídica substancial garante, portanto, que a evolução conceitual dos direitos seja efetivamente garantia e não fique refém da segurança jurídica formal.

Ávila Santamaria (2011), analisando também o conceito de direito dúctil de Gustavo Zagrebelsky, traz como exemplo da prevalência das disposições constitucionais sobre regras, veja-se:

Con el neoconstitucionalismo, la certeza y la seguridad en unos casos se encuentran en las reglas, cuando estas son adecuadas a la Constitución; y en otros casos, se desplazan a los precedentes jurisprudenciales, en particular cuando se aplican principios. En el neoconstitucionalismo no se tolera la injusticia aún a pretexto de la certeza y la seguridad. Por esta razón, por ejemplo, la seguridad de la multinacional que se materializa en el respeto irrestricto a su propiedad intelectual y a lo estipulado en los convenios, podría ceder ante la seguridad de grandes sectores de la población que demandan medicinas accesibles. De ahí que el derecho, como lo caracteriza Zagrebeltzky, sea dúctil. (SANTAMARIA, 2011)

Note-se que em um contexto de correta compreensão de um direito dúctil, que reconhece e o protagonismo e o caráter cogente dos princípios, não pode causar espanto a alteração de entendimentos jurisprudenciais no sentido de privilegiar a força normativa da constituição.

Um conceito adequado de segurança jurídica deve, portanto, levar em conta essa realidade, sob pena de permanecer vinculado ao Estado Liberal, fadado ao anacronismo.

5 Conclusões

A segurança jurídica é, de fato, um dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito. Não obstante, invocar a ideia de segurança jurídica como a certeza da manutenção do *status quo*, mesmo quando verifica-se sua incompatibilidade com os valores eleitos como fundamentos de nossa sociedade, com base em critérios unicamente procedimentais é esvaziar o princípio e aprisiona-lo em um conceito anacrônico e incompatível com a função jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

A conceituação adequada da segurança jurídica deve ultrapassar as divisões em segurança jurídica objetiva e subjetiva para ser compreendida em duas dimensões, uma formal e uma substancial.

Nesse sentido, a segurança jurídica não pode ser apenas formal, apresentada como relativa previsibilidade do direito associada com a rápida solução dos conflitos, mas também substancial, ou seja, representar a legítima expectativa de que o poder judiciário não se furtará à análise de lesão ou ameaça a direito bem como de que este acompanhará a evolução social e histórica na compreensão desses direitos, atuando de modo a contribuir para a concretização do projeto de sociedade definido na Constituição Federal.

Em outras palavras, a segurança jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, exige uma prática jurídica também voltada para o futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico 319 – *O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma*. Washington:1996

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando; CAPEZ, Flávio. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In. RAMOS, Paulo André Jorge (coord.) *Segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *100 maiores litigantes*, 2011.

- *Justiça em números*, 2015.

DIMOULI, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional* São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; Pedron, Flávio Quinaud; O Poder Judiciário e(m) Crise. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. 306p

NUNES, Dierle. CPC Referenciado - Lei 13.105/2015 / Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El neoconstitucionalismo transformador *El Estado y el derecho em la constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

SANTOS, Boaventura et. al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2ª. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SILVA, Almiro Regis Matos do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processos Administrativos da União (Lei N 9.784/99),. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 57, p. 33-74, 2004.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Pressupostos Filosóficos e Político-Constitucionais para a aplicação do Princípio da Democracia Integral e da Ética de Responsabilidade na*

Organização do Trabalho e na Administração da Justiça: o Sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista. Estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006). Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, defendida em dezembro/ 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.