

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-638-3

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre auto-poiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO
ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SEGURANÇA JURÍDICA E A TEORIA DA KATCHANGA

LEGAL SECURITY AND THE KATCHANGA THEORY

Flávio Couto Bernardes ¹
Victor Pimenta de Miranda ²

Resumo

Hans Kelsen, em seu positivismo, defendia que a interpretação normativa deve ser sistêmica e o ordenamento jurídico deve ser coerente para que exista segurança nas relações sociais. No entanto, a ausência de limites para as interpretações subjetivas dos magistrados tem se mostrado incompatível com as estritas exigências da reserva legal e da segurança jurídica. Com efeito, a história da “Teoria da Katchanga” serve para metaforizar a dogmática jurídica atual da Suprema Corte brasileira, simbolizando como as decisões forenses e o entendimento dos ministros (“Katchanga Real”) mudam as regras do jogo e causam grande insegurança aos cidadãos.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Teoria katchanga, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

Hans Kelsen, in his positivism, argued that the normative interpretation must be systemic and the legal order must be coherent for that exist security in the social relations. However, the absence of limits for the subjective interpretations of magistrates has proved incompatible with the strict requirements of legal reserve and legal security. Indeed, the history of the "Katchanga Theory" serves to metaphorize the current legal dogma of the Brazilian Supreme Court, symbolizing how forensic decisions and the understanding of the ministers ("Real Katchanga") change the rules of the game and cause large insecurity to the citizens.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal security, Katchanga theory, Jurisprudence

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito foi concebido na evolução do constitucionalismo através da dinâmica dos Direitos Humanos e de seus princípios norteadores. O Poder Judiciário, como instituição essencial desse modelo, busca a pacificação dos conflitos, a promoção da justiça social e a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

Se for realizado um rápido raciocínio exemplificativo, o Poder Judiciário possui uma ampla responsabilidade na sociedade brasileira. Sua função perpassa pela manutenção da ordem que permite o convívio social e o funcionamento da sociedade, impingindo consequências a todos os infratores que não se adequarem às regras estipuladas.

A Constituição da República de 1988, seguindo a linha da tradição do constitucionalismo brasileiro, tratou da organização do Judiciário no Capítulo III do Título IV, dedicado à Organização dos Poderes, como um Poder do Estado. Nesse sentido, cabe precipuamente ao Judiciário preservar o sistema jurídico harmônico e coeso, servindo-se, para isso, da tarefa de aplicar a norma abstrata e geral ao caso concreto para a solução dos litígios e a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais.

Nesse contexto, o presente estudo pretende analisar a visão de Lênio Luiz Streck em sua crítica às interpretações subjetivas dos magistrados do Poder Judiciário. Seguindo este raciocínio, objetiva-se neste artigo examinar um pouco mais detidamente a perspectiva do autor sobre o nexó pressuposto entre as decisões jurisprudenciais e a insegurança jurídica.

Em termos simples, a denominada “Teoria da Katchanga”¹ ganhou adeptos e vasta repercussão com o jurista Lênio Streck e caracteriza o completo arbítrio dos juízes na interpretação das regras jurídicas. Desta feita, não importa quais argumentos, provas e considerações sejam feitas pela outra parte, a decisão sempre será adaptada e interpretada a favor da tese previamente escolhida pelo juiz para solucionar um caso.

A segurança jurídica foi a preocupação essencial de Hans Kelsen quanto à criação de uma ciência jurídica livre de influências externas ao próprio meio jurídico. O jurista defendia (KELSEN, 1998, p. 387) que o sistema jurídico deve funcionar como um fator de estabilidade que rege as regras da sociedade e confere segurança aos cidadãos, sendo construída justamente na coerência e estabilidade do próprio sistema. É a confiabilidade do sistema que permite a ocorrência de relações jurídicas estáveis e previsíveis.

¹ Convém registrar que não se pretende neste estudo realizar uma abordagem detalhada de todas as teorias existentes na doutrina jurídica. O intuito desta pesquisa restringe-se a realizar uma apreciação da denominada “Teoria da Katchanga” e sua metáfora com a dogmática jurídica atual do poder jurisdicional.

O positivismo de Hans Kelsen serve, nesse sentido, como marco teórico do presente estudo para demonstrar acertivamente o que dispõe e o que se deve esperar de uma norma. Quando ocorre uma quebra entre o ato antecedente e o consequente kelseniano esperado (como, por exemplo, uma repentina mudança de interpretação do STF), observa-se o surgimento de incoerência e instabilidade no sistema.

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a importância desse tema e as repercussões que o mesmo tem ocasionado atualmente no cenário judicial brasileiro. E para examinar as implicações práticas da “Katchanga”, inicialmente será elaborado uma explanação sobre esta teoria e sua repercussão com relação ao princípio da segurança jurídica.

Dito isso, é válido distinguir que a linha metodológica concebida no plano desta composição segue o sentido jurisprudencial por se configurar, conforme expõe Miracy Gustin (2013), como a exposição dialética entre o ordenamento jurídico e o problema localizado, ambos caracterizados, então, como pressupostos coordenados, complementares e irredutíveis do juízo jurídico.

Seguindo essa linha, a técnica de abordagem utilizada para esta pesquisa social aplicada e jurídica será a vertente jurídico-dogmática, com base no raciocínio dedutivo, no intuito de fundamentar a lógica e os procedimentos do Direito em suas próprias normas e em seus princípios que permeiam o sistema jurídico.

A metodologia a ser utilizada consistirá na realização de pesquisa na doutrina e legislação nacional, analisando o sistema jurídico (constitucional e processual) pátrio, notadamente com relação à investigação, interpretação e avaliação das leituras bibliográficas e jurisprudenciais selecionadas.

Em seguida, à luz do marco teórico kelseniano e o modal deôntico, serão examinadas as modalidades dos aspectos principiológicos e os instrumentos metodológicos de análise do tema com a finalidade de analisar se a ausência de limites para a interpretação dos magistrados ocasiona volatilidade das interpretações jurisprudenciais e reforça a sensação de insegurança, tendo em vista as repercussões geradas para os cidadãos em função da aplicação normativa de acordo com a interpretação do órgão competente para conferir eficácia ao Poder Judiciário.

1 TEORIA DA KATCHANGA E A METÁFORA DA INTERPRETAÇÃO

Segundo o jurista Lênio Luiz Streck (2012), a “Teoria da Katchanga” conta uma história em que dois jogadores se desafiaram certa vez a um jogo chamado “Katchanga”, que

não possuía regras. O misterioso desafiante propôs uma disputa valendo prêmios ao desafiado, que se dizia conhecedor de todos os jogos e exímio competidor. Na primeira rodada, o desafiante pegou o baralho, distribuiu dez cartas aleatoriamente, comprou três cartas, descartou duas e colocou suas cartas sobre a mesa, intitulando-se ganhador da rodada por ter feito a “Katchanga”.

Sem entender muito bem o ocorrido, o jogador desafiado tentou buscar a lógica de como deveria fazer para ganhar o jogo e supôs que fosse formação de duas trincas, conforme viu nas cartas da tal “Katchanga” de seu adversário. Assim, após propor uma revanche ao ganhador, valendo o dobro do prêmio anterior, as cartas foram novamente distribuídas e o jogador desafiado procurou rapidamente formar trincas para reverter sua derrota. Depois de ter comprado quatro cartas, o desafiante gritou “Katchanga” outra vez e disse ser o vitorioso ao revelar orgulhoso que não continha nenhuma trinca, mas sim três pares de cartas.

Ao se julgar agora conhecedor do jogo e de suas artimanhas, o desafiado propôs ao misterioso desafiante mais uma rodada valendo o triplo de todos os prêmios apostados. Deste modo, ao iniciar a terceira rodada já com seu ego ferido, o desafiado ficou satisfeito por ter formado uma trinca de cartas em suas mãos logo em sua primeira compra. No entanto, no momento em que o desafiado iria gritar “Katchanga” para vencer o jogo pela primeira vez, o apostador desafiante se antecipou e disse “Katchanga” primeiro, sorrindo novamente e mostrando de forma presunçosa uma trinca e dois pares de cartas.

Desesperado por se ver humilhado no jogo e azarado por não ter ganhado nenhum prêmio nas três rodadas consecutivas, o aventureiro desafiado propôs uma última e derradeira rodada valendo todos os prêmios, notas e moedas que ele ainda possuía. Era uma revanche arriscada, mas que poderia lhe trazer uma inesperada e grande vitória se conseguisse formar, segundo sua opinião, duas trincas, três pares de cartas ou uma mesclagem dos mesmos.

No decorrer da rodada final, o corajoso desafiado conseguiu formar então uma trinca e dois pares de cartas, vindo a gritar rápida e exageradamente alto “Katchanga”, para que todos pudessem ouvir sua triunfante vitória. Porém, o desafiante esboçou vagarosamente um largo sorriso, balançou sua cabeça em sinal de negação, bradando “Katchanga Real”! Para tanto, mostrou uma sequência de cinco cartas de naipes iguais e consecutivas, pegando, enfim, todo o prêmio que estava sendo disputado na mesa.

Ao apreciar essa “Teoria da Katchanga”, observa-se que o desafiado se achou conhecedor das regras e se viu frustrado com o resultado e a falta de lógica das regras do jogo. Da mesma forma, como propõe Lênio Streck, as partes litigantes do processo contencioso no

Brasil cotidianamente também se veem frustradas com as decisões judiciais não pautadas pela lógica da legislação.

Assim sendo, nota-se que essa pequena história da “Teoria da Katchanga” serve, na óptica do referencial trabalhado, para metaforizar a dogmática jurídica do poder jurisdicional e seu vínculo com a segurança jurídica, simbolizando, de tal modo, como as decisões forenses atualmente no país são, em geral, superficiais e incongruentes, assim como ocorreu no jogo. As jurisprudências estão cada vez mais pautadas na “Katchanga”, com pouca sustentação normativa e imersas em posições subjetivas. Como assertivamente apontado pelo jurista Lênio Streck, “do que adianta discutir princípios, separação de Poderes, interpretação jurídica, se, ao fim e ao cabo, o Direito depende exclusivamente das preferências pessoais do juiz?” (STRECK, 2015, p. 43).

Cria-se, com tudo isso, falha na coerência jurisprudencial e vasta insegurança para os cidadãos brasileiros. A bem da verdade, como será explorado no capítulo seguinte, para um entendimento um pouco mais detalhado sobre este tema, é importante saber qual a base do princípio da segurança jurídica e a sua relação com a interpretação sistêmica e, em certa medida, a confiabilidade para os destinatários da regulação.

2 BASE DA NORMATIVIDADE

O presente estudo surge como uma reflexão acerca de um dos pontos substanciais do direito: a segurança jurídica. A segurança sempre foi objeto de estudo de vários aplicadores do Direito, isto porque o ser humano busca incansavelmente a certeza dos fatos de seu cotidiano, do ambiente que o cerca, dos indivíduos de seu grupo social e dos relacionamentos que estabelece com cada uma dessas conjunturas. E para garantir a segurança em suas relações, o homem utiliza o direito como seu instrumento de realização e manutenção da sociedade. É em tempos de crise e instabilidade que surgem várias reflexões buscando esse complexo equilíbrio social.

Na visão de Humberto Ávila (2012a, p. 40), a expressão “segurança jurídica” está diretamente associada “aos ideais de determinação, de estabilidade e previsibilidade do Direito” sendo que a Constituição Federal atualmente vigente demonstra ter “grave preocupação com a segurança jurídica mediante a utilização de termos como ‘segurança’, ‘assegurar’, ‘harmonia’ e ‘ordem’”.

A Constituição Federal de 1988 consagrou inúmeros princípios, implícitos e explícitos, com vistas a assegurar a cada pessoa a observância e o cumprimento de seus direitos e de suas garantias por parte do Estado.

Tema de extrema relevância, os princípios constitucionais assumem uma função primordial no âmbito da compreensão do direito, sobretudo diante das frequentes alterações jurisprudenciais que esbarram em alguns princípios da Constituição Federal, exatamente por possuírem no âmbito do direito público a natureza jurídica de fontes delimitadoras do agir estatal, ou seja, direitos fundamentais.

Esta incursão é requisito indeclinável para a identificação dos preceitos válidos e vigentes, em contraposição àqueles que não mais compactuam com a realidade posta. E para atingir tal pretensão, não se pode deixar de fazer referência à parte interpretativa do direito, tendo em vista que somente a partir desta é que se pode construir o sentido inerente à apreciação da validade normativa.

E é propriamente nesse sentido que os princípios devem servir de parâmetro para as interpretações normativas. São eles que, por sua função rearticuladora, permitem a interação de vários elementos que compõem o estado ideal a ser buscado. O cidadão deveria cumprir com todas as suas obrigações e possuir, em contrapartida, segurança na construção de suas relações sociais. As decisões judiciais deveriam ser razoáveis, proporcionais e equilibradas para possibilitar a devida segurança jurídica à população. Sobre este ponto, Heleno Tavares Torres sustentou que:

A segurança jurídica postula efetividade. Não é um princípio vago. É denso em valores, e seus fundamentos não se podem reduzir ou anular. Por isso, outro aspecto de fundamental relevância a se antecipar é que o princípio de segurança jurídica não está sujeito a ponderações, dado o seu caráter de “garantia” constitucional de proteção do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito. (TORRES, 2012, p. 197).

Em linhas gerais, o princípio da segurança jurídica estabelece o “dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensuridade na atuação do Poder Público”(ÁVILA, 2012b, p. 297). Sobre esse preceito constitucional, Heleno Torres(2012, p.26)defende que a finalidade da segurança jurídica é “proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas jurídicas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais”.

As normas jurídicas são criadas visando a produção de determinados efeitos e não podem, via de regra, constituir um fim em si próprias. O jurista, diante da realidade fática, não deve julgar as normas do ordenamento sem compreender o caráter semântico do mesmo. Nesse âmbito, os fatos jurídicos apresentam-se como fenômenos de causa e efeito, cuja fórmula relacional necessita de sentido e coerência.

Como se verá nos tópicos a seguir, a influência de fatores externos (juridicamente não-justificáveis por meio das regras jurídicas), não pode ser absorvida sob o pressuposto de se aplicar princípios jurídicos. A interpretação econômica, política ou sociocultural da norma não pode servir como lastro para integrar argumentos externos ao âmbito jurídico.

3 SEGURANÇA JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

Antes de avançar com as análises jurisprudenciais a respeito deste tema, é válido destacar que a teoria kelseniana se apresenta como relevante contribuição para o estudo da ciência do direito e sua compreensão no século XXI, já que discorre sobre um dos problemas jurídicos mais substanciais da sociedade contemporânea: a interpretação normativa como elemento progenitor da insegurança dos cidadãos.

Na moldura kelseniana, o raciocínio interpretativo para aplicar corretamente uma norma deve encontrar respaldo no próprio ordenamento em que está inserido. Não há necessidade de sair do âmbito do direito para que se permita solucionar uma determinada nova situação social.

Desse modo, o jurista deve interpretar e aplicar a norma sempre alicerçado nos institutos do sistema jurídico em que está inserido. Apesar de criar modalidades diferentes de princípios e metanormas, Humberto Ávila afirma que:

O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em Segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, 'a') e da anterioridade (art. 150, III, 'b'). Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal. (ÁVILA, 2012b, p. 295).

Acontece que a interpretação normativa, que inclui os princípios jurídicos, estão intrinsecamente relacionados e possuem raízes no próprio sistema jurídico. Essa estruturação ocorre justamente para que a logicidade do conjunto não seja comprometida. Se houver

interpretação ou a avaliação do ordenamento jurídico com base em critérios sociológicos ou axiológicos, ocorrerá um sincretismo metodológico que irá desarticular os pressupostos para se considerar a existência de uma “ciência jurídica”; surgirá uma plenavulnerabilidade jurídica por parte dos legislados, pois nunca se saberá, de verdade, como a autoridade administrativa ou judicial interpretará a lei.

Na esteira dessas razões, o princípio da legalidade² caracteriza-se como uma garantia fundamental de qualquer pessoa (decorrente do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal), ao prever que o aforisma da estrita legalidade reside no fato de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ao Poder Judiciário não é facultado inovar o ordenamento objetivamente em seus julgamentos, pois não possui a função constitucional de criar normas. O princípio da legalidade almeja proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do juiz ou do administrador.

Sendo assim, o princípio da legalidade submete tanto o Poder Executivo, como o Poder Judiciário, ao rigorismo de sua observância, estabelecendo plenas limitações em nome da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. Logo, percebe-se que a legalidade se caracteriza como um princípio que efetiva a segurança jurídica. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho (2000, p. 53), a diretriz do princípio da legalidade é exatamente a estipulação desses limites objetivos por meio da norma jurídica. Uma vez conhecidas as normas jurídicas, qualquer pessoa poderá planejar com previsibilidade suas ações futuras. Essa bidirecionalidade entre o passado e o futuro é fundamental para que se estabeleça a segurança jurídica. Com efeito, como igualmente defende Lênio Streck (2015, p. 89), “não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis ‘defeituosas’”.

A legalidade garante aos cidadãos a concretização do ideal de segurança jurídica, pois, em regra, é a norma que deve delimitar o modo de se interpretar os seus conteúdos. Na lição de Alberto Xavier:

Os próprios conceitos de taxatividade e de *numerus clausus*, inerentes à ideia de tipicidade, são incompatíveis com a existência de lacunas e sua integração analógica, pois foram adotados como regras constitucionais precisamente para vedar a possibilidade de analogia, vedação esta que resulta de constatação de que a analogia não é fenômeno meramente interpretativo, mas "criativo" (ainda que de modo vinculado, complementar ou derivado) e que a "criatividade" do aplicador do Direito

²É necessário salientar que esta pesquisa não objetiva fazer uma descrição pormenorizada da comparação entre regras e princípios e nem aprofundar no debate conceitual de princípio, mas apenas entender como a segurança jurídica e a legalidade estão ligadas à dogmática jurídica atual do poder jurisdicional. Tanto que se recorda as observações de Humberto Ávila na obra que analisa a questão da segurança jurídica, apesar da discordância existente de sua “Teoria dos Princípios”, sem que isso se demonstre contraditório neste estudo.

é incompatível com as exigências estritas da separação dos poderes (reserva absoluta de lei) e da segurança jurídica (previsibilidade, proteção de confiança). (XAVIER, 2001, p. 139).

De tal sorte, a obrigatoriedade da lei para disciplinar a aplicabilidade e os critérios da norma impõe sua plenitude através da lei material e formal. A legalidade não se contenta com a simples existência de um comando abstrato, geral e impessoal na valoração dos fatos (lei material). A segurança jurídica exige lei formal, ou melhor, obriga que o comando seja formulado por órgão do Poder Legislativo competente para tanto.

Certamente, pode-se dizer que a legalidade material e formal, a segurança jurídica e a estabilidade das relações são garantias constitucionalmente consagradas. Todavia, elas não se confundem; são, na verdade, complemento uma da outra. Seguindo essa linha de raciocínio, Heleno Tavares Torres esclarece que:

De fato, no passado, a ideia de “segurança” aparecia sempre como “valor” ou “fim” absoluto a ser atingido pelo direito, em uma conotação ontológica e deontológica das noções de “certeza”, “ordem”, ou do próprio “Estado”; isso, porém, evoluiu para uma concepção formal do sistema jurídico e, hoje com o constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, consagra-se a segurança jurídica como expressiva garantia material, ademais, de tutela da efetividade do sistema jurídico na sua totalidade, segundo um programa normativo baseado na certeza jurídica e no relativismo axiológico. (TORRES, 2012, p. 21)

Dito isso, não é necessário discorrer a respeito da importância da segurança como tutela de valor a ser preservada pelo Direito. Sabe-se que a segurança jurídica, além de ser importante para viabilizar as atividades sociais, é essencial para a vida do cidadão. Do mesmo modo, não é necessário demonstrar a importância do princípio da legalidade como seu instrumento de realização. Ela é evidente, sendo que qualquer distorção teórica com relação à legalidade poderia implicar sacrifício à segurança dos legislados.

Neste sentido, o raciocínio jurídico por meio da relação lógica entre preceitos e sua incidência sobre um dado fático tem como base a lógica evidenciada na seguinte equação, quando se analisa a característica sancionadora do sistema “Se A, deve ser B. Se não B, deve ser C”. Como condição, “A” são as condições de aplicabilidade de uma norma que determina um resultado “B”, sendo ambos polissêmicos, a depender da tessitura de incidência de uma dada norma. Por outro lado, se a ação humana não se dá conforme “B”, então o ordenamento prevê uma dada consequência jurídica, sanção, representada por “C”.

O positivismo³ de Hans Kelsen serve como marco teórico que evidencia assertivamente o que dispõe e o que se deve esperar da norma. Nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2003, p. 45), “se a norma jurídica é o objeto do conhecimento jurídico na gnosiologia Kelseniana, o ‘juízo hipotético’ que o cientista do Direito constrói ao descrevê-la só pode ser uma ‘proposição’ a respeito da norma, nunca a ‘norma-em-si’”. E exatamente por ser uma proposição, ou seja, a abstração da norma em um preceito linguístico descritivo, a análise do cientista do Direito deve ser revelada sem a influência de valores do tipo “norma má; norma boa” ou “norma justa; norma injusta”.

Ocorre que, segundo o Mestre de Viena, a interpretação normativa não pode ser aleatória, individualizada e proveniente de interesses externos ao direito. Para Hans Kelsen (1998, p. 387), a interpretação jurídica deve ser uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito através de uma leitura sistêmica; ou seja, percorrendo o ordenamento.

O dinamismo do Direito deve ser diretamente vinculado e dependente das normas jurídicas que o integram; ou, do contrário, a própria dogmática jurídica abrirá margens para aplicação da “Katchanga” judicial.

A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. (KELSEN, 1998, p. 181).

Dessa forma, esmiuçando a teoria geral verifica-se que os elementos integrantes da formulação legal do julgamento devem ser pormenorizadamente determinados pelo magistrado para que desestimulem a aplicação de critérios subjetivos e demasiadamente fortuitos, pois, noutro giro, pode-se colocar em risco a segurança jurídica devido a uma insatisfatória base argumentativa.

³Refere-se, de início, à obra do professor Hans Kelsen por ser adotada como o marco teórico do estudo da estrutura da norma jurídica tributária (normas de conduta e sancionantes), na sua concepção hipotética. Não constituindo objeto do presente trabalho a sistematização das diversas teorias que conceituam a norma jurídica, nem se pretende, obviamente, desprezar a importância de toda a evolução do estudo do Direito desde os jusnaturalistas, passando pela Escola Histórica do Direito, Escola do Realismo Jurídico, da Teoria Imperativista dos juízos categóricos e outras. Ressalva-se, contudo, que não há adesão absoluta aos posicionamentos explicitados na obra Teoria Pura do Direito, mas apenas e tão-somente ao que se refere à estrutura normativa, não se adentrando nos demais aspectos do positivismo jurídico e seus diferentes formatos existentes.

Uma decisão judicial deficiente abre brechas para que a própria dogmática jurídica seja questionada, fazendo surgir, nessa dicção, como será visto no próximo tópico, universos jurídicos sem limites para as interpretações dos magistrados, cidadãos desconfiados e jurisprudências da “Katchanga”⁴. Se o sistema buscar se fundamentar com elementos fora do próprio sistema, a lógica normativa não será congruente e se tornará insustentável porque dar-se-á uma margem interpretativa da Lei Maior sob a ótica econômica, política, pragmática, teleológica, gramatical, histórica ou social.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA KATCHANGA JUDICIAL

A base empírica de qualquer estudo jurídico deve analisar não somente a tese adepta ao raciocínio proposto, mas também a sua antítese e as principais premissas que a contrapõe, como se pretende demonstrar neste momento. Não se pode realizar uma análise completa do direito sem avaliar os dois lados do problema.

Os defensores da liberdade interpretativa da norma, ou até mesmo de sua superação no caso concreto, acusam existir críticas exacerbadas sobre o assunto. Como afirma Hermes Marcelo Huck, há um perigo subjacente dos agentes contrários a essa tendência do subjetivismo de “incorrerem num formalismo jurídico desmedido, fundado num exacerbado conceito de certeza do direito” (HUCK, 1997, p. 243).

Nesta lógica, os críticos ao positivismo e ao sistema jurídico “fechado” defendem que existem conceitos jurídicos indeterminados que somente podem ser realmente concretizados com o protagonismo da jurisprudência e as sucessivas aplicações das deliberações judiciais em cada caso. Nas palavras de Marciano Seabra de Godói:

Codificar a sanção da fraude à lei ou incluí-la num dispositivo legal expresso não é, portanto, necessário para combater as fraudes, como demonstra a jurisprudência brasileira. [...] Ainda que o instituto esteja previsto num artigo de lei (como ocorre agora com o artigo 166, VI, do Código Civil de 2002), o protagonismo continuará sendo da jurisprudência, pois a fraude à lei, como o abuso do direito e a boa-fé, é um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula geral que somente vai se cristalizando com sucessivas aplicações jurisprudenciais. (GODOI, 2007, p. 252).

⁴A Teoria dos Precedentes foi incorporada através do novo Código de Processo Civil exatamente para tentar evitar este cenário, buscando coerência na jurisprudência. Este instituto, oriundo da *common law*, tem por escopo a construção de entendimentos amparados no âmbito dos tribunais e que passam a se revestir de caráter obrigatório e vinculante perante as demais instâncias com relação aos fundamentos adotados para proferir a decisão.

Desse modo, os defensores do subjetivismo estabelecem que a sociedade está em constante evolução tecnológica e social, requerendo, em vista disso, que existam modalidades dentro do direito que possam abarcar essas circunstâncias. A mudança jurisprudencial é vista como uma manifestação da vida do Direito adaptada aos fatos da realidade.

O objetivo final com esse pressuposto não é somente dar mais liberdade para os magistrados, mas possibilitar ao Poder Judiciário manobras que o qualifiquem para os deveres que lhe competem. Do contrário, estar-se-ia, sob esse ponto de vista, condenando o sistema jurídico ao gesso fixo e inflexível que as normas criam.

Neste viés, o foco da questão não seria o liberalismo da subjetividade nas decisões judiciais, mas a necessidade de não engessar as deliberações necessárias dos problemas cotidianos que vão surgindo com o desenvolvimento da sociedade

De fato, não se pode pender para o exagero de nenhum dos lados. Até porque, como o próprio Lênio Streck (2012) admitiu, “a linguagem não abarca tudo. Sempre sobra ‘um real’ ainda não dito”. Porém, hoje vivencia-se no Brasil a era da insegurança, em que há nítidas evidências de que a maneira como ocorre as decisões judiciais postas pela própria Suprema Corte (e conseqüentemente pelas demais instâncias jurisdicionais) não possui orientações padronizadas e bem desenvolvidas, necessitando, por isso, serem aprimoradas.

O problema, porém, não é a mudança em si, mas os seus efeitos. Se ela surpreender o indivíduo que exerceu intensamente os seus direitos de Liberdade e de propriedade confiando e podendo confiar na sua permanência, a mudança de orientação pode ter efeitos negativos expressivos. (ÁVILA, 2012a, p. 471).

Neste aspecto, o protagonismo da jurisprudência, até na hipótese mais remota, permitiria uma subjetividade ao magistrado para poder cumprir sensatamente com o seu dever e julgar com imparcialidade e bons argumentos normativos.

Entretanto, o problema surge justamente quando isto não ocorre e o juiz produz decisões lastreadas em sua opinião própria, com justificativas insatisfatórias, interesses diversos (estranhos ao sistema jurídico) e pontos contraditórios⁵, evidenciando uma justiça

⁵Algumas Teorias da Argumentação foram desenvolvidas exatamente com o ideal de trazer uma definitividade na decisão judicial em razão desta racionalidade defendida por estes autores, como no caso das obras de Robert Alexy (*Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*) e Ronald Dworkin (*Império do Direito*). No entanto, a tentativa de limitar a função judicial a um critério de justiça não se coaduna com a superação das normas jurídicas vigentes, ainda que sob o paliativo de colisão e sopesadamente de princípios e sua suposta otimização. É justamente essa questão que Lênio Streck enfrenta. Utilizar-se da ponderação para afastar a aplicabilidade de regras é um contrassenso dentro da Teoria da Norma de Alexy. Na teoria de Alexy, por exemplo, não se pode falar em definitividade da decisão judicial, tendo em

particular divergente daquela preconizada pelo povo através das normas criadas democraticamente por seus representantes legais. Nesse mesmo passo, Lênio Streck apontou o seguinte:

Quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo. [...] Ora, na verdade, o que deve ser dito é que a ponderação à brasileira não é uma representação de uma “teoria da Katchanga” (sic), mas, sim, ela própria é a Katchanga no modo como “a joga” a dogmática jurídica. Ela representa uma forma de decidir, e afirmar, assim, o *nonliquet*. O “mito Katchangal” está presente na própria teoria de Alexy e no elemento decisionista inerente ao seu procedimento ou fórmula da ponderação. (STRECK, 2012).

Não basta que haja um julgamento permeado de legalidade e liberdade de convicção do juiz (para que não haja vícios na decisão). É imprescindível que haja sempre um equilíbrio na equação: legitimidade e coerência no veredito; isonomia e capacidade contributiva; e justificação normativa detalhada sobre cada ponto deliberado.

É válido lembrar que não se pode falar em segurança jurídica quando não há respeito aos conceitos e às regras positivadas. O cidadão não pode esperar que um ministro do STF tenha liberalidade de fluir livremente no campo da subjetividade para decidir se uma determinada norma questionada judicialmente deve seguir o que predispõe a lei ou se, em virtude da economia, de interesses políticos ou de estratégias governamentais daquele determinado ano, será decidido de outra e inesperada forma.

O sistema jurídico não é modificável, pois a mudança é inevitável com as transformações da sociedade, mas ela deve ser exaustivamente justificada e sempre respeitar as posições anteriormente consolidadas, especificamente o texto normativo vigente.

Caso contrário, haverá dissonância interpretativa entre tribunais superiores e os tribunais de base (notório conflito entre função institucional e segurança jurídica). E mais, os julgadores poderão entrar em contradição com a jurisprudência de outros tribunais ou até do mesmo órgão ao qual pertencem, instalando o verdadeiro “manicômio jurisprudencial” no Estado Democrático de Direito, como asseverou Ronaldo Brêtas (2012, p. 144) ao se referir ao atual cenário contraditório e divergente dos tribunais brasileiros.

Os acórdãos gerados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal desconhecem sumariamente a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal

vista que ele leva em consideração (quando se analisa o choque entre princípios, caso não haja uma regra específica já regulando o caso ou a lide) contingências de aplicação correlacionadas a fatores normativos e fáticos.

Federal, atentando contra a ordem constitucional, a estabilidade do direito e a segurança jurídica. (BRÊTAS, 2012, p. 139).

Sucessivamente, o autor Lucas Buril Macêdo reforçou este posicionamento ao reproduzir que “há criatividade jurisprudencial. Para que ela seja devidamente tratada, evitando-se a perniciosa esquizofrenia jurisprudencial que se vê atualmente, é essencial que, primeiro, ela seja reconhecida.”(MACÊDO, 2015, p. 1).

Deve haver mudança para que as normas do Sistema não fiquem defasadas em relação à realidade. Não obstante, não pode haver alteração jurisprudencial que não possua sentido lógico normativo, ampla fundamentação e respeito ao entendimento vigente no passado. O que se busca é que haja, de certo modo, evidências de permanência na mutação.

É necessário haver limites para que cada decisão do STF não seja proferida como uma “Katchanga” impositiva, que deverá simplesmente ser aceita pelo cidadão brasileiro. “Alguns parâmetros vêm sendo selecionados pela doutrina especializada, na tentativa de estabelecer limites ao poder discricionário” (FARIA, 2004, p. 196). Na visão de Lênio Streck, atualmente “há uma plêiade de fatores a influenciar a decisão que ficam de fora dessas análises estritas do fenômeno jurídico e do modo de se retratar, tradicionalmente, o papel da dogmática jurídica”. (STRECK, 2012, p. 1). No mesmo sentido, Lúdio Camargo Fabretti dispôs que:

Na interpretação da lei, tanto o juiz como a autoridade administrativa devem integrar, isto é, inserir a lei no sistema de direito vigente. A interpretação deve ser sistêmica, ou seja, o intérprete deve analisar toda a legislação pertinente e intimamente relacionada com a norma jurídica que pretende investigar. (FABRETTI, 2005, p. 144).

O direito existe para ser aplicado. Antes, porém, é preciso interpretá-lo. Só aplica bem o direito quem o interpreta adequadamente para que haja uma resposta jurídica coerente e satisfatória até para as situações mais complexas, que ainda se encontram em desamparo de lei expressa. Como afirmou Flávio Bernardes (2006, p. 161-162), a unidade da ciência jurídica e a eficácia do ordenamento somente ocorrem pela integração e coordenação de suas normas.

De igual maneira, Heleno Torres ponderou que “a estabilidade sistêmica tem como objetivo conferir às relações intertemporais proteção aos efeitos já consolidados no passado, aos presentes e aos futuros” (TORRES, 2012, p.440).

Igualmente elucidador, sobre esse aspecto, foi o voto do Ministro Celso de Mello (na MC na AC 1.886 – Questão de Ordem) ao tratar o tema da segurança jurídica perante a relação tributária entre o Poder Público e os contribuintes:

Esse quadro de divergência decisórias, especialmente porque delineado no âmbito desta Suprema Corte, compromete um valor essencial à estabilidade das relações entre o Poder Público, de um lado, e os contribuintes, de outro, gerando situação incompatível com a exigência de segurança jurídica, que se agrava ainda mais por se instaurar em matéria tributária, em cujo âmbito se põem em evidência as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre o Estado e as pessoas em geral. (Ação Cautelar/QO 1.886, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07.11.2008).

As decisões jurisprudenciais podem sofrer alterações no que se refere aos seus precedentes, mas a mudança de orientação jurisprudencial deve ser bem justificada, baseada no sistema jurídico, ou do contrário ocorrerá a “Katchanga” judicial. Há um limite gnosiológico para se estabelecer a possibilidade de uma interpretação literal e “seca” da lei, mas a interpretação deve ser menos subjetiva e mais adequada à conformação da segurança jurídica.

O principal problema atualmente é a excessiva utilização de interpretações “*contra legem*”, de mutações constitucionais e de viradas jurisprudenciais sem a devida sinalização de tal mudança. Combate-se, então, a inovação do ordenamento jurídico via judicial (o que deve ser feito, em um Estado Democrático de Direito, pelo Poder Legislativo –levando-se em consideração, em alguma medida, a possibilidade de coparticipação dos demais poderes).

5 O JULGAMENTO DA KATCHANGAE O CRÉDITO DE IPI

Cotidianamente, diversas “Katchangas” são proferidas pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, pode-se utilizar como primeiro caso emblemático o RE n. 350.446/PR, julgado em 2002. Neste caso específico, o STF declarou o direito aos créditos presumidos de IPI nas operações sujeitas à alíquota zero.⁶

Ocorre que em 2007 o STF entendeu (através do RE n. 370.682/SC)⁷ que “não há direito a crédito presumido de IPI em relação a insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis”, em posição diametralmente oposta ao decidido no precedente anterior, acima mencionado.

⁶ STF – Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido. (RE 350.446-1/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2002).

⁷ STF – Ementa: Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido. (RE 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe. 25.06.2007).

O ponto crítico dessas posições diametralmente opostas foi a mudança de composição da Corte Suprema a partir de 2003. Em linhas gerais, em pouco mais de três anos, seis novos Ministros incorporaram a Corte Suprema e impactaram a jurisprudência.

Mas a crítica que se faz é que o STF, enquanto guardião da Constituição, gerou expectativa legítima do direito ao crédito presumido de IPI a partir da publicação da decisão de 2002. Eventual mudança de entendimento pelo órgão Plenário deveria respeitar a segurança jurídica, boa-fé e confiança dos contribuintes, utilizando, para tanto, ao menos a modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista ser um importante instrumento contido no ordenamento jurídico que visa a mitigar os efeitos deletérios do fenômeno da subjetividade no que diz respeito à interpretação jurídica. Essa decisão poderia ser melhor explorada, portanto, dentro de uma análise normológica que levasse em consideração a polissemia e a discricionariedade do aplicador.

Nesse contexto, a confiabilidade e a coerência são fatores de desenvolvimento do sistema jurídico que devem nortear as decisões do STF. No presente caso, o contribuinte que usufruiu do crédito presumido do IPI de 2002 a 2007 (nas operações sujeitas à alíquota zero), sofreu evidente “Katchanga” do STF, pois o entendimento jurisprudencial mudou totalmente em 2007 e sem considerar esses cinco anos em que o crédito foi possível justamente por uma anterior decisão do próprio STF. Houve, portanto, um comportamento descontínuo, incoerente e contraditório da Corte, baseada na subjetividade da mudança pessoal de integrantes, que não preservaram o posicionamento da Corte; ou seja, verdadeira “Katchanga” judicial.

6 A KATCHANGA REAL E OS 10 ANOS PRESCRICIONAIS

Outro exemplo em que se observou a “Katchanga” judicial foi o caso da interpretação dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 (RE n. 559.882/RS)⁸, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do prazo prescricional de 10 anos previsto por meio destes artigos em detrimento do prazo quinquenal do Código Tributário Nacional (CTN).

⁸STF – Ementa: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. (RE 559.882/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2008).

Nesta hipótese, não havia decisão anterior e o STF modulou os efeitos do julgamento para impedir a repetição de indébito acerca dos valores já pagos administrativamente ou em execução fiscal. Esse comportamento contraditório da Corte Suprema causou prejuízos ao contribuinte que deveria deter o direito à postulação da repetição do indébito tributário no prazo decadencial.

Um acúmulo de poderes e atribuições, até então inimagináveis, foram até agora concedidos ao Supremo Tribunal Federal, levando Ferreira (1983) a afirmar, tal como Charles Evans Hughes, *Chief Justice* da Suprema Corte americana nos primórdios do século passado que, no fundo, o nosso Direito Constitucional é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ele realmente é. (CRUZ, 2004, p. 19).

Como bem estabelece esse julgado, “permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.” Mas a crítica da “Katchanga” encontra-se justamente no momento em que o STF determinou que “são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.”

Ora, num primeiro plano havia o contribuinte que aguardava para cobrar os créditos da Seguridade Social dentro do prazo prescricional de dez anos atribuídos pela lei. De repente, num segundo momento, para a surpresa do contribuinte e em detrimento ao posicionamento jurisprudencial e ao próprio texto normativo, o prazo prescricional se transformou em cinco anos sem que a Corte Suprema lhe concedesse o direito de ajuizar ação de repetição de indébito após este período.

Se puder ser realizado um rápido raciocínio exemplificativo, tem-se que um determinado contribuinte, em Junho de 2008 ainda detinha 04 (quatro) anos para cobrar os créditos da Seguridade Sociais que tinha direito. Porém, em Dezembro de 2008 (após a publicação oficial do RE n. 559.882/RS), esse contribuinte que não havia ingressado em juízo até aquele momento não poderia mais reclamar esses créditos.

Com efeito, o STF, valendo-se do seu poder de aplicação da “Katchanga Real” como última instância recursal, reduziu 05 (cinco) anos do prazo para os contribuintes cobrarem os créditos a que detinham direito contra a Seguridade Social.

CONCLUSÃO

Todos estes pontos demonstram detidamente que a falta de coerência entre as decisões ocasiona uma profunda perda de confiança da sociedade no próprio sistema que a rege.

No direito, uma simples alteração interpretativa por um ministro do STF pode mudar a aplicação de uma determinada legislação sem que, para isso, haja mudança na regra positivada. Uma nova forma de interpretar a estrutura normativa pode ocasionar novo resultado jurídico não previsto. Logo, a interpretação sistêmica mostrou ser uma peça essencial para as atividades do magistrado.

O princípio da segurança jurídica, respaldado pelo princípio da legalidade, traz em seu bojo toda uma esfera de parâmetros que devem ser observados com bom senso por qualquer autoridade operadora do direito. É preciso atingir equilíbrio nesta relação. Deve haver limite para esse subjetivismo decisório ou, do contrário, a segurança jurídica de qualquer cidadão continuará totalmente comprometida.

Assim, a “Teoria da Katchanga” de Lênio Streck foi destrinchada para demonstrar, por metáfora, como a volatilidade da jurisprudência da Suprema Corte (e, conseqüentemente, das demais instâncias) causa uma ruptura no positivismo de Hans Kelsen e gera insegurança jurídica aos cidadãos brasileiros.

Com efeito, a falta de limites e parâmetros soma-se ao livre convencimento do magistrado e ocasiona incoerências, decisões insustentáveis e insegurança para os jogadores da “Katchanga” judicial do Poder Judiciário. O ato de movimentar o ente estatal para deliberar sobre um ponto consolidado na doutrina, jurisprudência ou legislação não é garantia que a decisão ministerial corra no mesmo sentido. Nem se houver disposição expressa na Constituição Federal haverá uma efetiva posição pacificada pelo Poder Judiciário. Nada mais é garantido.

Os órgãos do Poder Judiciário têm demonstrado uma usurpação de sua função constitucional para declarar a “Katchanga Real” e finalizar de forma vitoriosa o jogo judicial. Dessa maneira, somente com a contenção da “Katchanga” do STF é que o cidadão brasileiro poderá se utilizar de todos os meios legais permitidos para mover a máquina judiciária sem se aventurar numa seara de insegurança, cuja vontade do ministro da Corte Supremo (“Katchanga Real”) ainda é o cerne que determina se um ato pode ou não ser considerado como válido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012a.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** 11. ed. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERNARDES, Flávio Couto. **O aspecto procedimental como elemento da norma jurídica tributária e seus reflexos na formação do título executivo.** 2006. 463 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar/QO 1.886. Rel. Min. Celso de Mello – Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1886&classe=AC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=QO>>. Acesso em 18 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 350.446. Rel. Min. Nelson Jobim – Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18.12.2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2040293>>. Acesso em 30 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 370.682. Rel. Min. Ilmar Galvão – Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28370682%2E%2E%2E+OU+370682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zwpefs7>>. Acesso em 30 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.882/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=216&dataPublicacaoDj=14/11/2008&incidente=2549141&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=1>>. Acesso em 30 de março de 2018.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 196 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária (o significado do art. 116, parágrafo único do CTN)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Código tributário nacional comentado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 144.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GODOI, Marciano Seabra de. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro - estudo de casos. In: Douglas Yamashita. (Org.). **Planejamento tributário à luz da jurisprudência**. São Paulo: LEX, 2007, p. 237-288.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 346 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACÊDO, Lucas Buriel. Os precedentes judiciais, a criatividade não reconhecida e a esquizofrenia jurisprudencial. **Revista Justificando**. 24 de abril de 2015, 8h00. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/24/os-precedentes-judiciais-a-criatividade-nao-reconhecida-e-a-esquizofrenia-jurisprudencial/>>. Acesso em 22 de março de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. 28 de junho de 2012, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001. 175 p.