

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DA KATCHANGA

KATCHANGA CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Flávio Couto Bernardes¹

PUC/MINAS

Victor Pimenta de Miranda²

PUC/MINAS

Resumo

A moldura kelseniana propõe que a interpretação normativa deve ser sistêmica e o ordenamento jurídico deve ser coerente para que exista segurança nas relações sociais. O raciocínio interpretativo para aplicar corretamente uma norma deve encontrar respaldo no próprio ordenamento em que está inserido. 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

The Kelsenian framework proposes that the normative interpretation must be systemic and the legal order must be coherent for that exist security in the social relations. The interpretative reasoning to correctly apply a norm must find support in the ordering in which it is inserted. 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:

Legal Security. Katchanga Theory. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário foi concebido pelo Estado Democrático de Direito como instituição essencial para a busca da pacificação dos conflitos, a promoção da justiça social e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. O ordenamento jurídico se caracteriza como um sistema normativo harmônico, coerente e sancionador que é regulado pela Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, a importância do presente estudo pode ser evidenciada justamente pelo fato de que a interpretação do direito demonstra ser cada dia mais determinante para a solução dos conflitos. Porém, quase tudo é respondido apenas como probabilidade de algo acontecer, pois a qualquer momento um novo entendimento jurisprudencial pode surgir e mudar os resultados esperados.

Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a relevância a visão de Lênio Luiz Streck em sua crítica às interpretações subjetivas dos magistrados integrantes do Poder Judiciário, examinado-

¹ Doutor (2006), Mestre (2000) e Bacharel (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Tributário e Advogado em Belo Horizonte/MG.

² Graduado em Direito pela PUC-MINAS (2010), Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos (2012) e MBA em Gestão Financeira e Controladoria pelo SENAC/MG (2017). Advogado em Belo Horizonte/MG.

se, através da “Teoria da Katchanga”³, a perspectiva detalhada do autor sobre o nexo pressuposto entre jurisprudência e (in)segurança jurídica. Inicialmente será elaborado uma explanação sobre esta teoria e sua repercussão no princípio da segurança jurídica. Neste passo, a técnica de abordagem utilizada para esta pesquisa social aplicada e jurídica será a vertente jurídico-dogmática, cujo Direito busca, com base no raciocínio dedutivo, fundamentar toda sua lógica e seus procedimentos nas normas que compõem o sistema jurídico.

O corte material delimitado no universo desta pesquisa se configura dentro do âmbito constitucional especificamente relacionado aos preceitos fundamentais da segurança jurídica e da estrita legalidade. Tanto a doutrina como a jurisprudência pátria evidenciam que a conceituação e a interpretação jurídica podem ser elementos chaves para a detecção dos pressupostos da segurança do brasileiro na jurisprudência constitucional tributária.

Dito isso, é válido distinguir que a linha metodológica concebida no plano desta composição segue o sentido jurisprudencial, por se configurar a exposição dialética entre o ordenamento jurídico e o problema localizado, ambos caracterizados como pressupostos coordenados, complementares e irreduzíveis do juízo 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, serão examinadas as modalidades dos aspectos principiológicos e os instrumentos metodológicos de análise do tema com a finalidade de destacar se a ausência de limites para a interpretação dos magistrados ocasiona volatilidade das interpretações jurisprudenciais com a consequente insegurança para os destinatários da norma e todos os aplicadores do Direito.

2. ALEGORIA INTERPRETATIVA DA KATCHANGA

Inicialmente, impende notar que o jurista Lênio Luiz Streck (2012), ao explicar como ocorre a “Teoria da Katchanga”, narrou uma história em que dois jogadores se desafiaram certa vez a um jogo chamado “Katchanga”. 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

³ 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.

pegou o baralho, distribuiu dez cartas aleatoriamente, comprou mais 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 a 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. Idêntica situação ocorreu na terceira rodada, quando o apostador desafiante se antecipou e disse “Katchanga”, 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 e 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).

Desta feita, cria-se uma falha na coerência jurisprudencial e vasta insegurança para os cidadãos brasileiros. A bem da verdade, como será explorado no capítulo seguinte (mais detalhado e aprofundado), ao se analisar este tema é importante saber qual a base do princípio da segurança jurídica e a sua relação com a interpretação sistêmica, além de avaliar sua correlação, em certa medida, com a confiabilidade para os destinatários do ordenamento jurídico.

3. SEGURANÇA JURÍDICA NA TEORIA NORMATIVA KELSENIANA

O presente estudo surge como uma reflexão acerca de um dos pontos substanciais do direito: a segurança jurídica. O cidadão deveria cumprir com todas as suas obrigações e possuir, em contrapartida, segurança na construção de suas relações sociais. O Direito não consiste numa coletânea aleatória de normas jurídicas desprovidas de qualquer conexão de sentido, mas de um conjunto organizado de normas jurídicas, sendo que de sua natureza organizada exsurge a convicção de sua ordem, da qual advém a ideia de ordenamento jurídico.

Niklas Luhmann (1986, p. 172) designa "autopoiesis" como um mecanismo reflexivo do sistema que lhe permite o desdobramento auto-reflexivo, de forma a poder satisfazer as necessidades de plasticidade e estabilidade das suas estruturas num contexto altamente complexo. Com efeito, a comunicação considerada no quadro da Teoria dos Sistemas de Luhmann revela que a CF/88 é o elemento que, em última instância, ordena a totalidade do processo, em torno do qual as áreas específicas do Direito gravitam e estabelecem configurações variáveis. Todas essas áreas do Direito, com ressalva à particularidade de cada uma, devem se relacionar para manterem, deste modo, a coerência e harmonia necessárias ao sistema.

Neste contexto que se empreende o debate da segurança jurídico, que segundo Humberto Ávila (2012, p. 295) é construído pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito e pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais. Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas. Sobre este ponto, Heleno Tavares Torres igualmente 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,

dato o seu caráter de “garantia” constitucional de proteção do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito. (TORRES, 2012, p. 197).

Traçadas, pois, as balizas fundamentais da segurança jurídica, a teoria kelseniana apresenta-se como relevante contribuição para o estudo da ciência do direito e sua compreensão, porque discorre sobre um dos grandes problemas jurídicos da sociedade contemporânea: a interpretação normativa como elemento progenitor da insegurança dos cidadãos.

Isto porque, ao Poder Judiciário não é facultado, portanto, inovar subjetivamente em seus julgamentos. Sobre esse ponto, Alberto Xavier (2001, p. 139) com muita propriedade manifestou que a “criatividade do aplicador do Direito é incompatível com as exigências estritas da separação dos poderes (reserva absoluta de lei) e da segurança jurídica (previsibilidade, proteção de confiança)”.

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. Neste cenário deriva o princípio da legalidade, que nas palavras de Paulo de Barros Carvalho (1996, p. 53), “não é um valor em si, é um limite objetivo. Obviamente, é um limite objetivo que persegue um valor, e esse valor, nós já sabemos, é a segurança jurídica”.

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 cediço, “A” são as condições de aplicabilidade da norma que determina o resultado “B”, sendo ambos polissêmicos, a depender da tessitura de incidência de uma dada regra. Por outro lado, se a ação humana não se dá conforme “B”, então o ordenamento prevê uma determinada consequência jurídica, designada de sanção e representada por “C”.

O positivismo de Hans Kelsen serve,⁴ assim, como marco teórico que evidencia assertivamente o que dispõe e o que se deve esperar da norma. Nos dizeres de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2003, p. 45), “se a norma jurídica é o objeto do conhecimento jurídico na gnosiologia Kelseniana, o juízo

⁴ Refere-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 a 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.

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.

Impende notar que a pureza da ciência kelseniana depende estritamente da neutralidade axiológica, pois esse distanciamento com as ideologias e aspirações axiológicas demonstrou ser condição necessária para a concretização da argumentação jurídica.

Quem se depara com situação de prática ilegal de um ato e está com justo perigo da lesão, acaba dependendo do subjetivismo do juízo, muitas vezes ideológico, para a concessão da medida cautelar ou do efeito suspensivo, quando esta seria não só a regra natural do processo, mas direito fundamental da parte requerente, quando configurado seus requisitos objetivos. (BERNARDES, 2006, p. 420).

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 e cidadãos desconfiados. Logo, no regime do sistema da *civil law* adotado no direito brasileiro, a jurisprudência possui o papel de uniformização da inteligência dos enunciados das normas que formam o ordenamento jurídico. Essa função jurisprudencial é, aliás, uma das formas do direito processual prestigiar, acima de tudo, a segurança jurídica.

Com efeito, observa-se que o novo CPC teve uma grande preocupação em focar nas jurisprudências dominantes, como destacou Humberto Theodoro Júnior:

A garantia fundamental da segurança jurídica, em termos de uniformização e previsibilidade daquilo que vem a ser o efetivo ordenamento jurídico vigente no país. Entretanto, para que essa função seja efetivamente desempenhada, a primeira condição exigível é que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 170).

Significa dizer que de nada adianta o CPC ter dedicado tratamento especial à jurisprudência se não houver uniformidade e coerência entre elas. Essa harmonização da jurisprudência contribuirá de

modo essencial para que os casos fáticos (sobre os quais o magistrado tenha que decidir) respeitem os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.

Em outras palavras, verifica-se que a legislação processual vigente atribuiu formalmente a valorização da jurisprudência e o sistema de súmulas. Os magistrados dos tribunais superiores devem ter imparcialidade em seu processo cognitivo hermenêutico, pois, como expressa Baracho Júnior (2000), o procedimento da atuação judicial, como forma de participação política, enfraquece a imparcialidade, a positivação do direito e a sua racionalidade.

Essa imparcialidade é de índole normativa, uma vez que o novo CPC determina, em seu art. 926, que os Tribunais devem lançar mão de mecanismos aptos a uniformizarem suas jurisprudências e, concomitante a isso, mantê-las estáveis, íntegras e coerentes. Para dar maior concretude ao dispositivo citado, o art. 927 estatui, imperativamente, que os juízes e tribunais devem respeitar as jurisprudências produzidas *ad quem* e no mesmo âmbito de aplicação. Nesse aspecto, a força normativa dos precedentes desagua para a garantia da segurança jurídica, circunscrevendo o âmbito de interpretação normativa dos aplicadores e, ao mesmo tempo, evitando a produção de decisões teratológicas. A uniformização das decisões evita a dissonância semântica da aplicação e, para além disso, a utilização do poder jurisdicional para enviesamentos morais e ideológicos. Sobre esse dever de uniformização, já se explanou em recente análise:

O dever de uniformização é, conforme o aporte teórico até agora analisado, a consubstanciação da coerência do Direito. Isso quer dizer que dentro do sistema jurídico não pode haver contradição entre normas, menos ainda sobre provimentos jurisdicionais. Deve-se seguir a lógica de que todos devem ser tratados de maneira indistinta em um mesmo contexto de aplicação (BERNARDES, COSTA GONTIJO, 2018, P. 756).

Esse espectro de identidade entre a teoria normativa e uma teoria da interpretação comprometida com a natureza deontológica, diretiva do Direito, é um importante fator para se avaliar criticamente o cenário jurisprudencial brasileiro no âmbito do marco teórico utilizado. Assim, a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, como considerou Jair Gonçalves (2001, p. 45-46), não é uma teoria pertencente a um Direito positivo e ultrapassado porque pretende descrever o fenômeno jurídico mediante uma série de conceitos formais presentes em qualquer época ou lugar em que forem aplicados. Kelsen não negou a existência de uma certa relação entre as disciplinas afins à ciência jurídica (sociologia, política, economia, etc.), mas prescindir de elementos sociológicos, políticos e éticos é uma exigência da pureza metodológica que deve vigorar para a formação de uma jurisprudência jurídica realmente bem estruturada.

Noutra dicção, “o trabalho do jurista científico está delimitado pelo marco da legalidade, ainda que a crítica da legalidade seja qualificada de política e de juízo subjetivo de valor” (GONÇALVES, 2001, p. 49). Aliás, “a Corte está encarregada de fazer prevalecer a vontade profunda do povo (na Constituinte) contra a vontade episódica da maioria de seus representantes, que fazem as leis” (DERZI, 2004, p. 9).

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.

A bem da verdade, o novo CPC estabelece de forma mais clara a importância da coerência do sistema jurídico, já que a função do Poder Judiciário no sistema da *civil law* é garantir esta coesão. As decisões jurídicas devem procurar a *ratio decidendi* sobre a qual o enunciado de súmula se assenta para realizar uma interpretação adequada e garantir a coerência da jurisprudência. Caso contrário, haverá diminuição da confiança dos cidadãos nas decisões da Corte Suprema e conseqüentemente dos demais órgãos jurisdicionados.

4. O MITO KATCHANGAL E O CAMPO DA SUBJETIVIDADE DO STF

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

Os defensores da interpretação subjetiva defendem que o direito deve se adaptar à realidade que o circunscreve. “No contexto positivista, a técnica produz a crença na segurança no Direito a partir de tipos fechados e conceitos determinados.” (CRUZ, 2012, p. 22). 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 decisões judiciais em cada caso, como ponderou Marciano Seabra de Godói e Hermes Marcelo Huck:

Codificar a sanção da fraude à lei ou incluí-la num dispositivo legal exposto 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).

Formalismo jurídico desmedido fundado num exacerbado conceito de certeza do direito, no discutível postulado da intangibilidade dos esquemas formais e na indefectível superposição de tais sistemas à realidade econômica subjacente. (HUCK, 1997, p. 243).

Desse modo, os críticos ao positivismo kelseniano sustentam que objetivo final não é somente dar mais liberdade para os magistrados, mas possibilitar ao Poder Judiciário uma abertura mais ampla de atuação, sem aqui adentrar se poderiam ser considerados ativistas ou não. Do contrário, estar-se-ia, sob esse ponto de vista, condenando o sistema jurídico ao gesso fixo e inflexível que as normas criam. Aliás, sobre esse ponto, o professor Júlio Aguiar de Oliveira acrescenta o seguinte:

Permitam-me apresentar-lhes o juiz Ivan Ilitch. À primeira vista, apenas um personagem de Tolstói, um habitante do mundo da ficção. Mas não nos enganemos, Ivan Ilitch é mais do que real. [...] Ivan Ilitch dá um rosto à imprudência moderna. Ele é o juiz bem sucedido, que crê desempenhar perfeitamente o seu papel, ou seja, que “aplica” o Direito. [...] Ele “aplica” o direito, mas não sabe (ou finge não saber) que o Direito não pode ser “aplicado” de uma forma mecânica. Sua prudência (no sentido moderno), que se manifesta em sua dócil submissão a um legalismo convenientemente apropriado ao carreirismo, é máxima imprudência (no sentido clássico). E por essa imprudência, Ivan Ilitch paga um preço alto. O preço da falta de sentido, cobrado na moeda de um sofrimento total. (DE OLIVEIRA, 2005).

Na visão destes críticos ao cientificismo jurídico, o direito está inserido na sociedade humana que, independentemente da época ou lugar em que exista, não consegue dissociar-se de sua história, cultura, política, economia ou grupos sociais. Na relação homem-sociedade, o positivismo kelseniano não consegue acompanhar as novas relações sociais que surgem e, por isso, não cumpre com a finalidade social do Poder Jurídico dentro da comunidade em que está inserido. Como defende o professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno:

A tese central do conceito de direito de Alexy é que a ponderação adequada entre os princípios da justiça de primeira ordem e da segurança jurídica é realizada pelo não-positivismo inclusivo, que reconhece a importância da segurança jurídica, mas admite exceções a ela, quando a injustiça é extrema. [...] O argumento da injustiça já constitui o resultado de uma ponderação: a segurança jurídica tem precedência sobre a correção moral ou justiça (de primeira ordem), exceto em casos de injustiça extrema. Em virtude disso, outra estratégia deve ser adotada. (TRIVISONNO, 2015, p. 111-112).

De fato, não se pode pender para o exagero de nenhum extremo de uma lógica imparcial, racional e coesa. Porém, hoje se vivencia no Brasil a incerteza jurisprudencial, em que há nítidas evidências de que a maneira como ocorre as decisões judiciais postas pela Suprema Corte (e

consequentemente pelas demais instâncias jurisdicionais) não possuem orientações padronizadas e bem desenvolvidas, necessitando, por isso, serem aprimoradas.

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, repercussões sociais ou estratégias governamentais o acórdão da Suprema Corte será decidido de uma outra e inesperada forma. 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 *non liquet*. 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 legalmente válido apenas porque foi proferido pelo “guardião da Constituição Federal”. É imprescindível que haja sempre equilíbrio na equação “legitimidade e coerência no veredito”, além de uma justificação normativa detalhada sobre cada ponto deliberado.

De nada adianta a reforma processual do CPC, na óptica do positivismo normativo, se ainda existir insegurança jurídica e desconfiança dos jurisdicionados com relação às decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros. A mudança de orientação deve ser exaustivamente justificada e sempre deve respeitar as posições anteriormente consolidadas, de acordo com a moldura legal.

De igual sorte, o autor Lucas Buriel Macêdo (2015, p. 1) reforçou esse posicionamento ao afirmar que a criatividade jurisdicional existe e para que ela seja devidamente tratada é essencial que, primeiro, ela seja reconhecida. 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 Federal,

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

Deve haver de fato 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. 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.

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”. 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.

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, 2015, 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).

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.

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 por 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. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DA KATCHANGA

5.1. Direito do Raul Seixas e a metamorfose jurisprudencial no IPI

Os órgãos judiciários têm reiteradamente proferido sentenças utilizando a “Katchanga” como elemento definidor principal para promover a decisão conforme seus interesses, em detrimento das normas e dos princípios constitucionais. A contradição se evidencia quando o próprio órgão muda seu entendimento e emite decisões: (i) notoriamente opostas; (ii) que lesam o contribuinte; e (iii) violam a segurança jurídica e a previsibilidade do ordenamento normativo.

Preliminarmente, para demonstrar a desconfiança na jurisprudência constitucional tributária, pode-se citar como primeiro caso emblemático o RE n. 350.446/PR. Neste caso específico, o STF declarou em 2002 o direito aos créditos presumidos de IPI nas operações sujeitas à alíquota zero.⁵ Ocorre que em 2007 o próprio STF entendeu (através do RE n. 370.682/SC)⁶ 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 precedente anterior.

De um lado, no primeiro recurso (RE 350.446/PR) em que houve a permissão do creditamento, a Nutriara Alimento se configurava uma indústria de rações que utilizava alguns insumos isentos ou com alíquota zero de IPI. E dentre os argumentos utilizados no referido acórdão para justificar esse posicionamento, destaca-se:

A norma constitucional não vedou o crédito fiscal em hipótese alguma, nem ao menos nas aquisições de insumos isentos ou tributados 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 [...]. Se não for autorizado o creditamento, na mesma proporção da alíquota cobrada na mesma proporção da alíquota cobrada na saída do produto do estabelecimento industrial,

⁵ STF – (RE 350.446-1/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2002).

⁶ STF – (RE 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe. 25.06.2007).

pagará a recorrida, valor muito maior que o estipulado pela constituição. (RE 350.446-1/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2002).

Noutra dicção, 5 anos depois, no segundo recurso (RE 370.682/SC), em que houve a proibição do creditamento, a Indústria de Embalagens Guará também utilizava alguns insumos isentos ou com alíquota zero de IPI. Ocorre que, para sustentar este novo entendimento adotado pelos ministros da Suprema Corte, foram utilizadas as seguintes razões:

A compensação, à luz do princípio constitucional da não-cumulatividade [...] dar-se-á somente com o que foi anteriormente cobrado, sendo certo que nada há a compensar se nada foi cobrado na operação anterior. [...] Acórdão que reconheceu a contribuinte do IPI direito a crédito [...] no montante de R\$ 250 milhões. [...] Consequência, para o tesouro, do eventual reconhecimento do pretendido direito ao crédito presumido: [...] implica drástica redução de arrecadação que, aliás, foi estimada pela Coordenação-Geral de Política Tributária – COPAT, órgão da Receita Federal, em R\$20,9 bilhões/ano, conforme consignado no documento denominado Nota COPAT. [...] Considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição. (RE 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe. 25.06.2007).

Registre-se, por oportuno, que a maioria da composição dos ministros do STF foi modificada entre os anos de 2002 e 2007. A coerência é um fator de desenvolvimento do sistema jurídico que deveria nortear as resoluções do STF. Assim, o impacto pecuniário das decisões nos cofres públicos e a composição dos cargos de ministros da maior instância do poder judiciário não deveriam influenciar nos julgamentos. 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”, 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 da própria Corte Suprema.

A metamorfose interpretativa vista nesse breve exposto explicita um dado preocupante: o ônus argumentativo para a produção de decisões judiciais e, conseqüentemente dos precedentes no Brasil, é exercido fora dos parâmetros de imperatividade e normatividade encampados pela teoria da norma e da interpretação de base positivista. Sobressai dessa análise a inconsistência e a inconstância de alguns posicionamentos, revelando o não compromisso da função jurisdicional com a manutenção da estabilidade e da segurança jurídica no sistema jurídico nacional. O caso do crédito presumido de IPI nada mais se traveste do que de verdadeira “Katchanga” judicial.

5.2. Ditadura intelectual do STF com a imposição compulsória do IPSEMG

O STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.106/MG, também afastou a compulsoriedade da denominada "contribuição" para a saúde disposta no parágrafo 4º do artigo 85 da Lei Complementar n. 64/2002.⁷ O IPSEMG não pode obrigar os servidores públicos do Estado de Minas Gerais a contribuir com o custeio de serviço de saúde. A segurança jurídica foi, neste aspecto, restaurada após o termo “compulsoriamente” ter sido extraído do texto e a cobrança desta contraprestação, conseqüentemente, ter se tornado apenas uma facultatividade, pois a compulsoriedade vigorava como um tributo não instituído pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, a Corte Suprema modulou os efeitos dessa decisão (sob o efeito *ex nunc*) em Embargos de Declaração ao reconhecer a impossibilidade de repetição de indébito das contribuições recolhidas pelos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data de julgamento do mérito da decisão (14 de abril de 2010). No entanto, a manifesta inconstitucionalidade passou a vigorar apenas após a publicação dessa decisão.

Nesse caso, a jurisprudência utilizou de fundamentos externos ao Direito (considerando a alegação de grave prejuízo e instabilidade às finanças do IPSEMG) para justificar a modulação de efeitos. Apesar da evidente contradição à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional, essa cobrança pelos serviços de saúde tornou-se legítima até a data de 14.04.2010. Com a modulação de efeitos do STF, a expressão “compulsoriamente”, apesar de inconstitucional, não pode mais ser questionada pelos servidores públicos antes dessa data.

Trata-se, desse modo, de evidente “Katchanga Real”, pois o STF utilizou de seu poder de última instância recursal para validar a cobrança tributária inconstitucional do IPSEMG antes desse referido período. O servidor que nunca concordou com tal cobrança (mas era obrigado a efetuar o pagamento), não pode reaver os valores inconstitucionais cobrados antes de 14 de abril de 2010 e não tem a quem recorrer desta decisão.

“Afim, cabe ao Supremo Tribunal Federal ‘corrigir’ a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo.” (Lênio Streck, 2018, p. 65). Da mesma forma, o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 19) critica essa ditadura intelectual que o Brasil vive atualmente ao pontuar que “[...] no fundo, o nosso direito constitucional é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ele realmente é”.

7 STF – (ADI 3.106 ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.08.2015).

Na esteira dessas razões, apesar do que dizem os críticos ao positivismo kelseniano, essas jurisprudências demonstram claramente como os cidadãos são diariamente usurpados da segurança jurídica e da confiança que deveriam ter no sistema normativo sob pretextos que não pertencem ao âmbito do Direito, sempre em detrimento da aplicação do sistema normativo através do paliativo de teorias da argumentação pautadas em elementos pretensamente axiológicos-principiológicos.

6. CONCLUSÃO

A interpretação sistêmica mostrou ser uma peça essencial para as atividades do magistrado e o princípio da segurança jurídica, respaldado pelo princípio da legalidade, trazendo 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.

Todos os pontos tratados neste estudo apontam que a influência de fatores externos (juridicamente não-justificáveis por meio das regras jurídicas) não deve ser absorvida sob o pressuposto de se aplicar princípios jurídicos. Com isso, o sincretismo metodológico não pode servir como lastro para integrar argumentos externos ao âmbito jurídico.

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 na moldura kelseniana 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. Hoje em dia, o contribuinte instaura um processo judicial para reaver os seus direitos e não sabe se o STF utilizará de fundamentos dentro do âmbito do Direito ou pertencentes à economia, política ou fato-social para justificar alguma repentina mudança de entendimento sobre determinada norma.

Dessa maneira, somente com a limitação do subjetivismo dos ministros do STF e do sincretismo metodológico é que o cidadão brasileiro poderá, de fato, utilizar os meios legais permitidos

para mover a máquina judiciária sem se aventurar numa seara de insegurança, cuja vontade do ministro da Corte Supremo ainda é o cerne que determina se um ato pode ou não ser considerado como válido.

REFERÊNCIAS

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

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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.

BERNARDES, Flávio Couto; COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. A eficácia vinculante dos precedentes sobre o processo administrativo tributário. In: RIBEIRO, Rodrigo de Araújo e outros (Org). **Advocacia Pública em Juízo**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 (2015). **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.106 ED. Rel. Min. Luiz Fux – Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13.08.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=158&dataPublicacaoDj=13/08/2015&incidente=4044483&codCapitulo=5&numMateria=108&codMateria=1>>. Acesso em 06 de julho 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 06 de julho 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%2ENUME%2E+OU+370682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zwpefs7>>. Acesso em 06 de julho 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. Enunciados, normas e valores jurídicos tributários. **Revista de direito tributário**. São Paulo, n. 69, p. 53, 1996.

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.

DE OLIVEIRA, Júlio Aguiar. **Para que serve a teoria do direito?** Texto produzido a partir da palestra proferida, em 10 de maio de 2005, no Seminário “Para que serve a Teoria do Direito”, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, de 09 a 13 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur30/julio2.htm>>. Acesso em 24 de setembro. 2018.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma análise da obra do ministro Carlos Velloso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 8. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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.

GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: UCDB, 2001, 184 p.

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.

LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of Social Systems. In GEYER, F.; ZOUWEN, (Org.). **Sociocybernetic paradoxes**. London, 1986.

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 06 de julho 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 06 de julho de 2018.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade

da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. Paraná: UENP, 2018, p. 45-68.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O papel da jurisprudência no novo Código de Processo Civil. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). **Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas – atualizado com a Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 248 p.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba: Unoesc, v. 16, n. 3, p. 97-122, Edição Especial 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.