

# Segurança jurídica: contribuições da LINDB

*Ricardo Cunha Chimenti<sup>1</sup>*

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

## Introdução

Todas as normas infraconstitucionais e mesmo as emendas constitucionais devem ser interpretadas sob a luz da Constituição Federal (circunstância explicitada pelo art. 1º do NCPC).

Assim, para a interpretação das normas do direito brasileiro, há que se observar o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º da CF/1988), o princípio do juiz natural (a fim de que a competência se materialize como limite do exercício da jurisdição), os valores do contraditório e a ampla defesa e conjugar todos esses elementos com a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF e art. 8º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), tudo sem que se perca a perspectiva de que a solução dada a cada caso concreto deve ser a mais justa ( já que do próprio preâmbulo da CF se extrai que a Justiça como um dos valores supremos da sociedade brasileira) e eficiente (dotada de concretude – art. 4º do CPC).

Este artigo objetiva analisar a complexa tarefa atribuída ao operador do direito de harmonizar valores que pressupõem, de um lado, alto grau de objetividade e previsibilidade (um dos aspectos da segurança jurídica), e de outro, a análise individualizada e subjetiva de uma conduta (a fim de que a solução respeite a dignidade da pessoa humana seja a mais justa para cada caso concreto).

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Tributário e da disciplina 'Magistratura: vocação e desafios' da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Coordenador Geral dos Cursos de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento da Escola Paulista da Magistratura (EPM), Mestre em Processo Civil e autor de obras jurídicas.

## 1. Positivismo e pós-positivismo. Juízo de subsunção e juízo de ponderação

Não se desconhece que a maior parte dos países superou o absolutismo pelo caminho do positivismo, de forma que a vontade incontestável dos Reis foi substituída pelas leis, criando-se até mesmo uma *ciência jurídica*. Conforme leciona Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>, “O Direito reduzia-se ao conjunto das normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência”. Pretendia-se que a aplicação do direito se resumisse à técnica da subsunção, pela qual o fato (premissa menor) é objetivamente inserido dentro da lei (premissa maior), sem que o intérprete desempenhasse qualquer papel criativo.

Há que se observar, contudo, que os ideais inicialmente positivados para se contrapor às arbitrariedades do absolutismo, sob a regência de revolucionários como Robespierre serviram de instrumento de grande opressão ou foram utilizadas como instrumentos de interesses socialmente ilegítimos.

Do ponto de vista da liberdade do intérprete, verificamos de um lado os subjetivistas (hoje minoritários), para os quais os juízes devem essencialmente buscar a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*).

De outro lado, encontramos os objetivistas, que buscam a vontade autônoma da própria lei (*mens legis*) e detêm a percepção de que as palavras não são portadoras de um sentido unívoco e de que não se pode ficar “alheio ao fato de que a velocidade das transformações sociais, atropelando os textos legais, representa um constante desafio à argúcia de advogados e juristas, tanto quanto ao senso de justiça dos magistrados. Nesse sentido há interessante artigo do Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-juiz-boca-da-lei/>

### 1.1 O pós-positivismo

O pós-positivismo, por sua vez, permite a análise do direito como um sistema aberto de valores, de forma que o direito positivo seja interpretado sob a luz da ética, com a prevalência do juízo de ponderação (graduação

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Renovar, 2006. p. 25.

dos valores envolvidos no caso) sobre o juízo da subsunção (pelo qual o juiz aplica a norma ao fato de maneira objetiva e pretensamente neutra, sem maiores valorações).

O juízo de ponderação, portanto, é caracterizado sobretudo pelo sopesamento das inúmeras circunstâncias que envolvem cada caso concreto, tendo sido bastante prestigiado pelos artigos 8º e 489, § 2º<sup>3</sup>, ambos do NCPC, bem como pelos artigos 4º, 5º, 20, 21, 22, 23 e 24<sup>4</sup> da LINDB (os cinco últimos direcionados especialmente para o Direito Público).

---

<sup>3</sup> Art. 8º do CPC – Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 489 do CPC – São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

<sup>4</sup> Art. 4º da LINDB – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º da LINDB – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Art. 20 da LINDB – Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21 da LINDB – A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 22 da LINDB – Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 23 da LINDB – A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24 da LINDB – A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado

## 2. A LINDB na redação da Lei nº 13.655/2018 e a segurança jurídica no Direito Público

A Lei nº 13.655/2018 inseriu na LINDB inúmeras normas (artigos 20 a 30, com o veto do art. 25) inerentes ao Direito Público. Para os fins deste artigo interessam mais diretamente os artigos 20 a 24 da LINDB.

Os artigos 20 e 21 da LINDB objetivam que as decisões tenham fundamentos claros e motivados (evitando-se assim decisões fundadas apenas em valores jurídicos abstratos), com visão prospectiva e explícita das consequências do que foi decidido, de forma a preservar o interesse geral sem que se imponha a cada um dos sujeitos atingidos pela decisão ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Na esfera judicial o Código de Ética da Magistratura (Resolução 60 do CNJ), ao tratar da prudência, estabelece em seu art. 25 que incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

O artigo 22 da LINDB prestigia o Primado da realidade, de forma que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as circunstâncias práticas que envolveram o ato em análise quando da sua implementação. A previsão envolve uma análise profunda da questão sob análise, para que, de um lado, não se puna indevidamente quem praticou uma conduta dentro do princípio da razoabilidade; e de outro lado não se crie precedentes capazes de justificar inúmeras condutas ilícitas sob o argumento, por vezes simplista, de que situações que na verdade são do cotidiano e poderiam ter sido previstas impôs a conduta questionada.

Os artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro igualmente trazem regras interpretativas que visam prestigiar a segurança jurídica e a razoabilidade.

O artigo 23 determina que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova deverá

---

levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as dotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

prever regime de transição. É a consagração do princípio da não surpresa, de forma que a concretização da interpretação evolutiva se dê prospectiva e não retrospectivamente. Exemplo prático é a modulação temporal dos efeitos de uma decisão.

Já o artigo 24 estabelece que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Aqui igualmente se protege aqueles que sob a vigência de certa orientação tida por regular, mas posteriormente alterada, consumaram um ato ou negócio jurídico que merece ser preservado. Não se trata, obviamente, da convalidação de atos ou negócios jurídicos viciados desde a sua origem, circunstância cuja análise exige a harmonização de metodologias interpretativas mais próximas da *Common Law* (especialmente o juízo de ponderação) do que da *Civil Law*.

### 3. O sistema do *Civil Law* e o sistema do *Common Law*

Após destacar que o *common law* também tem intensa produção legislativa e vários códigos, Luiz Guilherme Marinoni<sup>5</sup> leciona: “O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exercia ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideia subjacente à ideia de Código”.

Não se pode desconsiderar que o *civil law* carrega na sua evolução a desconfiança que os revolucionários franceses tinham a respeito dos magistrados da época da Revolução Francesa, os quais muitas vezes foram acusados de se afastar da letra da lei para beneficiar grupos

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. RT, 2016. p. 46.

aos quais eram ligados, enquanto o *common law* se desenvolveu sob as mãos de juízes que na Inglaterra eram vistos como pessoas que protegiam o indivíduo contra os abusos do Estado e do feudalismo e, assim, capazes de pouco a pouco consolidar em seus sucessivos julgados os valores mais relevantes para a sua sociedade.

### 3.1 Os precedentes qualificados

A referência sempre presente nas petições, sentenças e acórdãos às teses firmadas em Recursos Repetitivos exige algumas reflexões. Precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>6</sup> Na sua origem o sistema jurídico brasileiro não gerava decisões dotadas de força vinculante para casos futuros, ou seja, tinha força meramente persuasiva.

A partir da Emenda Constitucional 3/1993, alguns precedentes no Brasil (uns formados a partir dos nossos costumes e a maioria constituída tecnicamente em gabinetes) passaram a ter força obrigatória por previsão constitucional. O primeiro precedente obrigatório com previsão constitucional na vigência da CF/1988 foi a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON (redação dada ao § 2º do art. 102 da CF pela EC 3/1993).

Com a EC 45/2004, também a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ganhou força constitucional vinculante, poder que, aliás, já lhe era dado pela jurisprudência, por ser vista como o outro lado da moeda quando analisada sob a luz da ADECON (já que esta é uma ação de natureza dúplice e a sua improcedência leva à declaração de inconstitucionalidade da norma objeto da ação). A mesma EC 45 criou a Súmula Vinculante.

A Lei nº 9.882/1999, por sua vez, ao disciplinar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista hoje no § 1º do art. 102 da CF, em seu artigo 10 dá força vinculante ao acórdão dela decorrente. Referida lei é objeto da ADI nº 2.231, proposta no ano 2000 e que ainda não foi julgada pelo STF. Ainda assim, é importante lembrarmos que no passado recente, ao analisar a Lei nº 10.628/2002, que havia

---

<sup>6</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2. p. 347.

inserido dois parágrafos no art. 84 do CPP, o C. STF reconheceu que somente norma constitucional, e não lei ordinária, pode atribuir competência aos Tribunais (ADI nº 2.797, j. de 15/09/2005), e a Lei Ordinária 9.882/1999 atribui competência (aqui considerada como o limite do exercício da jurisdição na sua mais ampla percepção) vinculante ao STF no julgamento das ADPF.

A Lei Ordinária nº 13.105/2015, por sua vez, ao instituir o NCPC, direta ou indiretamente acabou por atribuir força vinculante a diversos julgados oriundos dos mais diversos tribunais do País. Com isso, lei ordinária atribuiu a esses Tribunais competências não previstas em normas constitucionais. Não se está aqui diante de uma novidade absoluta, pois anteriormente tivemos outras disposições infraconstitucionais estabelecendo força vinculante a decisões judiciais, a exemplo dos artigos 476/479 do CPC/1973 (de pouquíssima utilização durante a sua vigência), art. 902, § 1º, CLT (editado sob a ditadura do Estado Novo e *obter dictum* reconhecido como inconstitucional em 1977 na Representação nº 946 do STF), art. 263 do Código Eleitoral (declarado inconstitucional pelo TSE desde a CF/1946, conforme Ac. TSE nº 12.501/1992, in [http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/principaisJulgados/PrincipaisJulgados\\_tomoll.pdf](http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/principaisJulgados/PrincipaisJulgados_tomoll.pdf), p. 220 e seguintes) e, ainda, os artigos 543-B e 543 – C do CPC/1973, na redação da Lei nº 11.672/2008.

A respeito dos precedentes vinculantes, desde logo parece relevante destacarmos o Enunciado 11 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM – art. 105, parágrafo único, I, da CF/1988), do seguinte teor:

Enunciado 11 da ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 489 [...]:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 332 [...]

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

A Recomendação 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça trata de forma ampla dos precedentes vinculantes e suas eventuais superações.

### 3.2 A inobservância do precedente vinculante

Caso admitidos como constitucionais (há questionamentos sobre a possibilidade de precedentes vinculantes serem criados por lei ordinária, cf. subitem 3.1 acima), os precedentes vinculantes veiculados por meio de lei ordinária, necessário observar que a inobservância de um precedente firmado em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em um Recurso Extraordinário ou Especial Repetitivo autoriza, após o esgotamento das vias ordinárias (art., 988 § 5º, III do NCPC), a Reclamação (art. 985, § 1º e § 4º do NCPC).

Já a decisão que ao seguir em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos deixe de considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento autoriza, após o esgotamento das vias ordinárias, a Reclamação (art. 988, § 4º, do NCPC) e até mesmo ação rescisória (art. 966, § 5º, do NCPC, na redação da Lei nº 13.256/2016).

No caso de descumprimento de enunciado de Súmula Vinculante ou de acórdão proferido pelo C. STF em controle concentrado de constitucionalidade admite-se a Reclamação (art. 988, IV, do CPC/2015), ainda que não estejam esgotadas as vias ordinárias. Há, ademais, precedente (ADPF 130) que confere legitimidade ativa para a Reclamação a terceiros que não intervieram no processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive a particulares (Rcl 21.505, Segunda Turma do STF, j. de 17/11/2015).

Sobre o tema também merece destaque o Enunciado nº 138 da II Jornada de Direito Processual Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do seguinte teor:

Enunciado 138: “É cabível reclamação contra acórdão que aplicou indevidamente tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC”.

O enunciado confirma o entendimento de que há um microsistema dos precedentes vinculantes, já que regras criadas para os IRDR ou para os IAC se aplicam para os acórdãos proferidos em Recursos Especiais Repetitivos, e vice-versa.

### 3.3 O *distinguishing* e o *overruling*

A possibilidade de o magistrado, fundamentadamente, deixar de observar um precedente vinculante (*stare decisis*), em decorrência da distinção entre o precedente e o caso em julgamento (*distinguishing*), ou em razão da superação daquele por julgado mais recente (*express overruling* ou *implied overruling*) também está explicitada no art. 489, § 1º, VI, do NCPC. Observo que na doutrina há quem diferencie o *stare decisis* horizontal (que vincula apenas os membros do Tribunal que construiu o precedente) do *stare decisis* vertical (*binding effect* ou *precedent*), sendo que neste último o que se verifica é a obrigatoriedade de todos os Tribunais seguirem a *ratio decidendi* dos precedentes das Cortes Superiores.

Parece oportuno, também, relembramos que a parte vinculante de um precedente é aquela extraída da sua *ratio decidendi*, e não as manifestações de natureza *obiter dictum* frequentemente utilizadas na construção de um raciocínio apenas como apoio argumentativo. Daí a pertinência do Enunciado 8 da ENFAM, do seguinte teor:

“Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente”.

### Conclusão

As alterações efetivadas na LINDB em 2018 estimulam uma análise mais realista e razoável da conduta do gestor de boa fé e dos efeitos dos seus atos, sem criar obstáculos para que, sob a égide das leis e dos precedentes qualificados, o maltrato da coisa pública seja evitado, reparado ou sancionado. A solução de cada caso concreto cada vez mais dependerá de um juízo de ponderação motivado e consequente, tudo a permitir que a boa interpretação do direito contribua para a evolução do Estado brasileiro.

