

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS MÉTODOS JURÍDICO-PROCESSUAIS PARA SUA CONSECUÇÃO

GIOVANA ABREU DA SILVA SEGER

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS MÉTODOS JURÍDICO-PROCESSUAIS PARA SUA CONSECUÇÃO

GIOVANA ABREU DA SILVA SEGER

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelos pequenos detalhes. Nos detalhes descobrimos o valor de uma realidade. Olhar as miudezas da vida faz a diferença.

Aos meus pais, Allan e Sônia, pela minha vida e formação.

Aos integrantes de meu escritório de advocacia, em especial a Pamela Cristina Bardt Borges, com devoção apresento meus agradecimentos.

No âmbito da academia agradeço ao meu orientador Paulo de Tarso Brandão, por generosamente compartilhar de seu conhecimento.

À Heloise Siqueira Garcia pela formatação final deste trabalho.

Aos colegas do mestrado, em especial, Ana Paula Roncáglio Heinig Gonçalves e Patrícia Ribas Athanázio Hruschka, cuja amizade será um dos grandes legados que levarei deste curso.

Ao meu amigo Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira, por não medir esforços para me ajudar durante todo o percurso do Mestrado.

Enfim, à todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a obtenção deste título.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Matheus e Pietra (ainda no ventre), pela oportunidade de experimentar a mais pura forma de amor.

Dedico-lhe este trabalho ao meu amado marido, Marcelo Seger, por sua existência, por estar sempre ao meu lado, pelo companheirismo, respeito e incentivo, pela paciência, sempre presente em minha vida.

Com amor e carinho, dedico-lhe este trabalho.

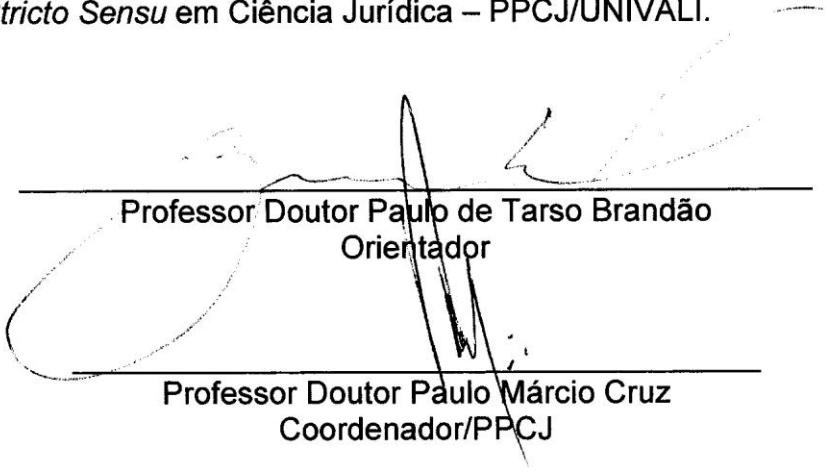
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2014.

Giovana Abreu da Silva Seger
Mestranda

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



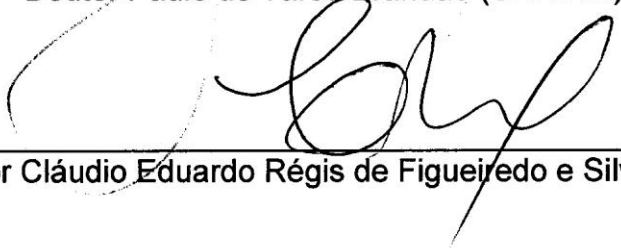
Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

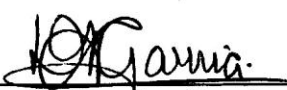
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI) – Presidente



Doutor Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva (UFSC) – Membro



Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), junho de 2014.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
n.	Número
RISTF	Regimento Interno Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
§	Parágrafo

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial: É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos¹.

Estado de Direito: Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito².

Garantismo: Designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, Põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas³.

Judicialização da Política: Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 10/05/2014, às 15 horas e 20 minutos.

² _____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 785-787.

ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade⁴.

Princípio: é toda norma jurídica, enquanto considerada como determinada de uma ou várias outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo posteriormente o preceito em direções menos gerais, das quais determinam e resumem potencialmente o conteúdo⁵.

Segurança Jurídica: deve ser identificada como a capacidade de o cidadão confiar que os atos ou decisões públicas incidentes sobre seus direitos, praticadas de acordo com a ordem jurídica vigente naquele momento, se ligarão aos efeitos jurídicos duradouros (previstos ou calculados com base nas mesmas normas), de maneira que há como sua consequência a proibição de leis retroativas, irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos e inalterabilidade da coisa julgada⁶.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 12/05/2014, às 13 horas e 18 minutos.

⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 373.

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
RESUMEN	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 01	16
PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	16
1.1. Surgimento do pós-positivismo: contexto histórico	16
1.2. O valor dos princípios: uma visão a partir de Dworkin e Alexy	22
1.3. A relevante classificação principiológica	26
1.4. Os princípios no constitucionalismo brasileiro	31
1.5. O princípio da segurança jurídica: conceituação	34
CAPÍTULO 02	43
A RELEVÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	43
2.1. A Segurança Jurídica como Direito Fundamental	43
2.2. A Segurança Jurídica como pilar do Estado Democrático de Direito	48
2.3. O garantismo jurídico e a Segurança Jurídica	55
2.4. O princípio da isonomia e a segurança jurídica: A necessidade de controle do ativismo judicial.....	63
CAPÍTULO 03	72
A SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE ACERCA DOS PRINCIPAIS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PARA A SUA CONSECUÇÃO .	72
3.1. Breve análise anterior: jurisprudência como “fonte do Direito”?	72
3.2. Instrumentos constitucionalmente previstos para a concretização da segurança jurídica	76
3.2.1. Controle de constitucionalidade	76
3.2.1.1. Controle concentrado	78
3.2.1.2. Controle difuso no âmbito dos tribunais	82
3.2.2. Súmula vinculante	84
3.3. Mecanismos infraconstitucionais alusivos à segurança jurídica	89
3.3.1. Incidente de uniformização de jurisprudência	89

3.3.2. Embargos de Divergência e Embargos Infringentes	91
3.3.5. Ação rescisória: instrumento para a efetivação da segurança jurídica? ...	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	99

RESUMO

A presente Dissertação se encontra inserta na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, consubstanciando-se em resultado de análise atinente à segurança jurídica e aos seus métodos de consecução. O objeto do estudo é a verificação – por intermédio de aprofundamento na legislação brasileira – quanto à aplicação, ou não, do princípio da segurança jurídica nos Tribunais pátrios, bem como perceber se os meios de sua efetivação estão sendo utilizados da maneira adequada no país. Para tanto, pesquisa-se a respeito da segurança jurídica e sua ligação com a principiologia constitucional, a relevância da segurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, traz-se à tona os mais relevantes métodos hábeis a efetivar os aludidos princípios, a saber: controles concentrado e difuso de constitucionalidade, súmula vinculante, incidente de uniformização de jurisprudência, embargos de divergência, embargos infringentes e ação rescisória.

Palavras-chave: Estrado Democrático de Direito; Métodos de consecução; Princípio; Segurança Jurídica.

RESUMEN

La presente Disertación pertenece a la línea de investigación Constitucionalismo y Producción del Derecho, consubstanciándose en resultado de análisis atinente a la seguridad jurídica y a sus métodos de consecución. El objeto del estudio es la verificación – por intermedio de la profundización en la legislación brasileña – relacionada a la aplicación o no del principio de la seguridad jurídica en los Tribunales patrios, así como la observación de si se están utilizando de manera adecuada los medios para su efectucción en el país. Para ello se investiga a respecto de la seguridad jurídica y su conexión con la principiología constitucional, la relevancia de la seguridad jurídica para el ordenamiento jurídico brasileño y, especialmente, se sacan a la luz los más relevantes métodos hábiles para hacer efectivos los aludidos principios, a saber: control concentrado y difuso de constitucionalidad, precedente vinculante, incidente de uniformización de jurisprudencia, embargos de divergencia, embargos por infracción y acción rescisoria.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho; Métodos de consecución; Principio; Seguridad Jurídica.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Tem-se como objetivo científico a verificação acerca da situação do princípio da segurança jurídica no atual cenário jurídico pátrio, especialmente sob a ótica dos métodos jurídico-processuais que possam levar à sua consecução.

A pesquisa se pautou, em síntese, pelas seguintes hipóteses:

a) Há, nos dias atuais, uma verdadeira aplicação do princípio da segurança jurídica nos Tribunais brasileiros?

b) Qual é a relevância da segurança jurídica perante o sistema jurídico pátrio?

c) Quais são os métodos suficientemente hábeis a tornar a segurança jurídica um princípio realmente aplicável no Brasil?

Os resultados do trabalho de exame desses questionamentos estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, consoante segue.

Principia-se o estudo, por intermédio do Capítulo 1, com uma pesquisa a respeito da segurança jurídica e sua umbilical conexão com a principiologia constitucional, abordando-se especialmente o surgimento do pós-positivismo, o valor dos princípios, a classificação destes, sua aplicação no país, e, por fim, o conceito do princípio de segurança jurídica.

O Capítulo 2, por seu turno, é abordada a relevância da segurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto trata do referido princípio como direito fundamental e pilar do Estado Democrático de Direito, além de analisá-lo sob a ótica do garantismo e do ativismo judicial.

Quanto ao Capítulo 3, importante pontuar que este realiza estudo atinente aos principais mecanismos constitucionais e infraconstitucionais para a consecução do princípio da segurança jurídica, analisando-os de maneira minuciosa e pormenorizada.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições alusivas ao princípio da segurança jurídica.

Para a realização da presente dissertação utilizou-se o método indutivo, com as técnicas das categorias e dos conceitos operacionais nas fases de investigação, tratamento de dados e elaboração de relatório conclusivo.

CAPÍTULO 01

PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

1.1. SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO: CONTEXTO HISTÓRICO

O positivismo jurídico, corrente da teoria do direito que remonta à Europa de meados do século XIX e início do século XX, caracteriza-se, basicamente, pela desconexão entre o direito com a Ética e a Moral, restringindo-se apenas aos fatos e às normas editadas sobre esses fatos.

Ocorre que, nos moldes do que pontua Pancotti⁷, a consequência desse postulado é que, para o positivismo, o direito é um conjunto de regras, sendo que seus comandos obrigam e se impõem coercitivamente, ainda que algumas dessas regras se revelem injustas.

Aludida corrente de pensamento representa uma forma de interpretação do direito que pressupõe a neutralidade do intérprete, sendo que este não pode se posicionar a respeito do conteúdo das normas, cabendo-lhe apenas a descrição e aplicação pura destas.

Em suma, o positivismo jurídico se resumiria em edição de uma norma jurídica clara, objetiva e completa, capaz de abarcar toda a gama de condutas humanas ou de relações dos administrados com o Estado, sem que se pudesse falar em espaço para lacunas, tendo em vista que o ordenamento jurídico positivista contemplaria todas as possibilidades.

Pode-se dizer que, para o positivismo, o sistema jurídico não é mais que um sistema completo, autocrático, em que não há lugar para a interpretação ou formulação de raciocínios jurídicos na hora de aplicação da norma.

⁷ PANCOTTI, José Antonio. **Inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo : LTr, 2008, p. 95.

Referido pensamento se baseia, frisa-se, na ideia de possibilidade de predição absoluta das condutas humanas possíveis pelo legislador.

É na figura de Kelsen⁸, que encontramos a ideia-síntese deste pensamento. Em suas palavras:

A afirmação de que as leis jurídicas são, como as leis naturais, asserções sobre um futuro a acontecer se não pode referir às normas estabelecidas pela autoridade jurídica – quer às normas gerais estatuídas pelo legislador, quer às normas individuais fixadas pelos tribunais nas suas decisões – isto é, não se pode referir ao Direito, mas apenas às proposições jurídicas descritivas no Direito formuladas pela ciência jurídica.

O sistema jurídico estaria estruturado hierarquicamente, de forma que cada norma retira a sua validade de uma norma superior, galgando a escala até que se atinja o topo do sistema, onde se encontra a “norma hipotética fundamental”, razão de validação de todas as demais normas.

É com essa concepção que o mencionado autor procura isolar o direito dos outros ramos do conhecimento, com vistas à construção de uma ciência autônoma.

Desta forma, tem-se que para a compreensão do sistema jurídico é necessário – segundo aquele ponto de vista – conhecer tão somente as normas que o compõem, sendo desnecessária a procura do valor ou fatos que legitimam ou sustentam o direito.

Aludida desnecessidade de busca pelo fato ou pelo valor se traduz, conforme analisa Moreira Neto⁹, na observação de que o conhecimento das regras seria suficiente:

Com efeito, o positivismo jurídico, que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na aplicação da lei, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la

⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 62.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do Século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011, p. 16.

dos valores que sempre orientaram a sua formação, seu desenvolvimento e, principalmente, a sua aplicação, desde suas remotas origens.

O Estado Liberal, em que se concentrava a supremacia política e jurídica nas mãos do Poder Legislativo, caracterizado pela supremacia da legalidade máxima contra o arbítrio dos governantes, demonstrou contrassensos com os consagrados postulados iluministas (liberdade, igualdade e fraternidade, dentre outros, já que estes ideais acabaram se encerrando em declarações apenas formais, porque ao Estado não era dado à promoção daqueles entendimentos).

Daí resultou um espaço aberto para o nascimento de uma nova concepção de Estado, em que se ampliam as noções de democracia e de força normativa da Carta Política.

É o nascimento do Estado Constitucional de Direito, caracterizado pelo caráter normativo da Constituição, passando a integrar um plano hierarquicamente superior, frisando-se as linhas de princípios vinculantes e indisponíveis para os poderes do Estado.

É de merecido destaque a transcrição de Cademartori¹⁰:

Observe-se que esse Estado Constitucional de Direito não foi nada além do que uma tentativa de realizar uma otimização dos mesmos valores que, inicialmente, inspiraram o Estado de Direito na sua versão pós-revolucionária ainda permeada pelo espírito racional-iluminista do século XVIII e que se traduziu na garantia dos direitos dos cidadãos e sua centralidade com relação ao poder político. [...] Esse modelo, sob o ponto de vista da garantia e implementação dos direitos fundamentais, ampliou a base de proteção a tais direitos, consagrando na ordem social constitucional, direitos fundamentais de cunho social e mecanismo de intervenção na ordem econômica. Exemplos pioneiros de tais experiências são as Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919.

O que veio a se designar de “constitucionalismo moderno” nada mais é que a superação dos regimes absolutistas, que demonstraram a necessidade de se controlar o poder estatal.

¹⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba : Juruá, 2001, p. 64.

Esta necessidade tomou forma, é importante ressaltar, a partir da proteção de um plexo de direitos que foram positivados na Constituição, sendo esta alçada a um nível superior hierárquico.

Para Hans Kelsen¹¹, a propósito, havia normas jurídicas que eram compreendidas como princípios, tais como os direitos fundamentais, e normas que não eram entendidas como princípios, sendo estes utilizados tão somente como técnica de superação das lacunas.

Até então não havia uma compreensão moral das normas jurídicas, mesmo porque o direito era vinculado a uma compreensão em que a experiência se restringia à estrutura linguística dos termos.

A partir de Dworkin – que será minuciosamente tratado em momento posterior –, contudo, deixam de se restringir apenas aos conceitos de norma e passam a ser tratadas como princípios, tal qual disposto por Simioni¹²:

Os princípios são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis – ou em precedentes, para o caso do *common law*.

Dworkin (1978) observa que, na prática das decisões judiciais e especialmente nos casos difíceis, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo. Especialmente nos casos em que não há uma solução fácil no direito positivo, as decisões jurídicas muitas vezes recorrem a padrões normativos exteriores ao direito positivo. E geralmente esses padrões exteriores ao direito positivo são princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes [...].

Depois da teoria pura do direito de Kelsen (2003), esses padrões morais, políticos, religiosos etc. foram afastados do direito como questões de política jurídica, não de proposições científicas sobre o direito. Apesar de esses padrões ficarem de fora da teoria pura do direito de Kelsen (2003) como questões exteriores ao direito, eles são, de fato, utilizados na prática das decisões jurídicas, especialmente na prática das decisões sobre casos difíceis, casos que não têm uma resposta simples do direito positivo.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 110.

¹² SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, 2012, p.206.

Neste ponto, importante que se remonte aos ensinamentos construídos por Konrad Hesse¹³, porquanto este autor redigiu importante marco teórico para a fixação da importância da Constituição no ordenamento jurídico de cada Estado. É com base nessa construção que se poderá entender a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, possíveis na passagem do chamado pós-positivismo.

Aliás, vêm à tona os ensinamentos de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição por intermédio da passagem de Gilmar Ferreira Mendes¹⁴:

A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos. O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

A grande inovação trazida pelas novas Constituições da modernidade foi que, com base nos ideais humanistas, o ser humano foi colocado no centro do sistema jurídico, fato que consubstanciou a irradiação de grande número de direitos fundamentais.

Basicamente, observa-se que estes direitos estão ligados às ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito. Encontra-se aqui, pois, a base para a legitimação e, ao mesmo tempo, limitação do poder do Estado.

É a partir desta concepção que se faz possível compreender a centralidade e normatividade da Constituição Federal, sendo traduzida como a junção de suas regras e seus princípios.

O princípio como forma de interpretação de todo o plexo normativo se

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. São Paulo: Fabbris, 2008, p. 42.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

tornou evidente após a edição da Lei Maior de 1988, notadamente para a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Aliás, por via da Constituição de 1988 é que se optou pelos princípios próprios de um Estado denominado como Democrático de Direito, uma vez que duas ideias são inerentes a tal espécime de Estado: uma concepção ampliada de princípio da legalidade e, também, a percepção de uma participação do cidadão na gestão da Administração Pública¹⁵.

Ressalta-se que, para esta nova concepção, os direitos fundamentais constituem não apenas a centralidade do sistema normativo, mas, também, a razão de ser de todo este sistema.

Pontua-se que eventual desatenção a um princípio implica ofensa não somente a um determinado mandamento positivo, mas sim a todo um complexo de sistema de comandos, caracterizando-se como a mais grave maneira de ilegalidade/inconstitucionalidade, eis que representa verdadeira insurgência contra o sistema e subversão de seus mais caros valores¹⁶.

A título de exemplo, cita-se o que se passa com o Direito Administrativo e, em especial, no tocante à centralidade da Constituição Federal, com atribuição de força normativa às normas nela embutidas, explícita ou implicitamente, de tal maneira que se observa uma verdadeira mudança de paradigma.

Não diferente pensa Binenbojm¹⁷, o qual afirma que toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública é traçada a partir de lineamentos constitucionais com relevante ênfase aos direitos fundamentais e normas estruturantes de um regime que se pretende democrático.

Essa evolução do constitucionalismo é também tratada por Luís Roberto

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 69.

Barroso¹⁸. Para o autor, os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Refletem, pois, a ideologia de uma sociedade, suas pretensões e finalidades.

Assim, os princípios, no advento do pós-positivismo, servem de instrumento para dar unidade e harmonia ao sistema, integrando as suas diversas partes e, inclusive, atenuando eventuais – mas prováveis – tensões normativas.

Cabe, é claro, destaque de um trecho da obra de Barroso¹⁹ para que se esclareça a temática que ora se desenvolve:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Elaborada esta necessária construção histórica atinente à evolução do positivismo, desaguando no famigerado pós-positivismo, entende-se como pertinente trazer à baila a discussão dos princípios, especialmente no que tange às obras de Dworkin e Alexy.

1.2. O VALOR DOS PRINCÍPIOS: UMA VISÃO A PARTIR DE DWORKIN E ALEXY

Para que se avance neste ponto, necessário demarcarmos o referencial teórico, uma vez que neste trabalho serão trazidas as concepções desenvolvidas pelos juristas Dworkin e Alexy a respeito dos princípios.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 268.

Foi com base na obra de citados autores que se possibilitou o avanço da aplicação das normas constitucionais, em especial no que diz respeito à própria aplicação dos princípios, implícitos ou explícitos, do ordenamento jurídico.

O objetivo de Dworkin²⁰ é elucidar que as ditas questões de direito são questões de princípio e que as explicações positivistas e realistas a respeito da prática jurídica, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, não são satisfatórias, porque não percebem que o direito é uma construção interpretativa.

Esta demonstração começa nos artigos “The Model of Rules I” e “The Model of Rules II”, publicados depois, em conjunto com outros, na obra *Taking Rights Seriously*.

Nas obras acima, o destinatário é o positivismo jurídico, o qual se utiliza como alicerce para formular seus apontamentos críticos ao anterior trabalho de Hart.

Para Dworkin²¹, o positivismo jurídico possui alguns padrões. O primeiro deles é o de que o sistema jurídico de uma comunidade deve ser entendido como um conjunto de regras especiais usados pela mesma, direta ou indiretamente, tendo por fim delimitar qual o padrão de comportamento será punido ou coagido pelo poder público, sendo possível a identificação das normas jurídicas como tais a partir de um teste de *pedigree*, o qual determina a natureza de uma norma por sua origem, de acordo com o procedimento previsto em uma regra de reconhecimento;

Ademais, o conjunto de regras é exaustivo, posto que quando não existem normas jurídicas a regular uma situação, o juiz, chamado a decidir uma controvérsia, pode utilizar-se de quaisquer critérios extrajurídicos para solucionar o conflito.

E, também, o direito é formado única e exclusivamente pelas regras criadas de acordo com tal regra de reconhecimento, e assim, dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que esta conduta está prevista em uma destas normas.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 17.

Nesta visão, portanto, os princípios seriam as normas que indicam uma decisão, sem prever certas consequências e sem o objetivo de aplicar em todos os casos uma mesma solução.

Assim, seriam os princípios evidentemente normas jurídicas, sem uma gênese específica, mesmo que de certo modo reflexo das práticas jurídicas, indicando determinado padrão de conduta, resultando em preservação de objetivos ou direitos, sem que se estabeleça, contudo, algum tipo de sanção para o seu não cumprimento.

Em outras palavras, diz-se que a incidência dos princípios está diretamente relacionada com a preocupação das características do caso concreto que será analisado. Em complementação, não se pretende estipular uma validade universal para suas conclusões, e justamente por isso um princípio não aplicado não perde sua validade.

Na ideia elaborada por Ronald Dworkin²², a aplicação de regras é feita em uma racionalidade abstrata, preocupada com o método como critério de verdade, o que se exprime por seu caráter de tudo ou nada.

Desta maneira, a regra não aplicada é inválida. A preocupação com a justiça concreta na aplicação de regras é secundária, assim como a correspondência entre asserção e realidade é secundária para a razão abstrata.

Noutros termos: assim como para a razão abstrata o método é o critério de verdade, em detrimento da correspondência com a realidade, quando se aplicam regras, o justo é o conforme a regra, independente da justiça no caso concreto.

Analisando a obra de Dworkin, Ricardo Libel Waldman²³ traz a seguinte passagem:

Mais do que isso, a diferença se percebe melhor quando se nota que o direito não é um conjunto de regras e princípios, mas uma construção

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 22.

²³ WALDMAN, Ricardo Libel. **A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e sua aplicação na prática constitucional brasileira**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 11.

interpretativa. Esta idéia é explicável através da “analogia da corda” de Wittgenstein, que Dworkin usa em outro momento (Dworkin, 1999, p.85; 1986, p. 69), mas com fim semelhante: o direito “tem a continuidade de uma corda constituída por inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu comprimento nem abarca toda a sua largura”. Não há como falar em um direito igual por todo o tempo: as interpretações mudam mesmo que o texto de uma lei, por exemplo, se mantenha. O que dá unidade, o que faz com que a corda seja sempre a mesma, são os princípios, embora quais sejam exatamente estes princípios também uma questão de interpretação. As regras são como os fios: sozinhas elas não se sustentam, ou, pelo menos, não servem para dar unidade à corda.

Nas considerações do autor, observa-se este fenômeno usualmente. Segundo este, muitas vezes é preciso fazer referência à princípios não constantes de qualquer legislação ou da Constituição para resolver problemas, tal como a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito civilista.

Neste diapasão, importante destacar a obra “A Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy²⁴, acerca da diferenciação entre regras e princípios, cujo teor se tornou importante marco teórico para a conceituação principiológica.

Dentre as suas construções, há a elevação dos princípios ao grau de valor normativo. Assim, se observa um contraponto às correntes positivistas que sempre deixaram a aplicação dos princípios para uma segunda esfera, abaixo das normas, uma vez que tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto ambos se formulam principalmente através de expressões deônticas fundamentais, tais como mandamento, permissão e proibição²⁵.

Além disso, resgata-se a razão prática, em que se busca, por intermédio de aplicação de procedimentos metodologicamente corretos, dar respostas razoáveis nos casos em que se evidenciam choque de princípios contrapostos, dando maturidade ao raciocínio jurídico e possibilitando a solução ideal para casos difíceis (*hard cases*).

Outro ponto importante é a aproximação da teoria moral à teoria do

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 11.

direito, consoante pontua novamente Alexy²⁶:

A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral. [...] a positivação dos direitos fundamentais constitui uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais.

No mais, tendo sido esmiuçadas as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, passa este estudo a tratar mais detidamente dos princípios e, via de consequência, de sua classificação doutrinária.

1.3. A RELEVANTE CLASSIFICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Como visto *supra*, os princípios no chamado pós-positivismo passam a integrar, cada vez mais, o ordenamento jurídico. Não se pode dizer mais, como acontecia na fase meramente positivista, que os princípios devem ser analisados tão somente na eventualidade de existência de lacuna na aplicação da lei.

Agora não se pode mais visualizar uma dicotomia entre princípios e regras, mas sim que as normas jurídicas estão divididas entre os princípios e regras.

Neste passo, importante destacar obras de constitucionalistas para criar a base teórica e se entender a diferenciação na doutrina acerca da classificação dos princípios e regras.

Como grande marco, cabe destacar a obra de José Joaquim Gomes Canotilho²⁷, marco do constitucionalismo contemporâneo, em que este apresenta determinados critérios para a definição dos princípios. São eles:

a) *Grau de abstração*: princípios como normas com grau de abstração relativamente elevado; em contraponto, as regras possuem grau de abstração reduzida;

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 15.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 171.

b) *Grau de determinabilidade*: quando da averiguação do caso concreto, os princípios, por sua característica própria, são vagos e indeterminados, carecendo de mediações concretizadoras de seu aplicador (legislador, juiz), sendo que as regras são suscetíveis de aplicação imediata;

c) *Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*: neste ponto, destaca que os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, como em relação aos princípios constitucionais, ou diante da importância estrutural dentro do sistema jurídico, como acontece na aplicação, como, por exemplo, ocorre como princípio do Estado de Direito;

d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são bases vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na ideia de “direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas de um conteúdo apenas formal;

e) *Natureza normogénica*: por fim, os princípios operam como fundamento das regras, ou seja, são normas que estão na base e constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, assim, função normogénica fundamentante;

Especificamente no tocante à classificação dos princípios constitucionais, retorna-se à obra de Canotilho²⁸.

No entender deste, os princípios constitucionais podem ser definidos como princípios jurídicos fundamentais, ressaltando que são os princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral, que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto das Constituições.

Como exemplo, podem ser destacados os princípios da defesa de direitos, como é o caso da utilização do direito de resistência e de legítima defesa, o princípio da imparcialidade da administração pública e os princípios da publicidade

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 173.

dos atos jurídicos.

Aliás, os princípios constitucionais também podem ser classificados como sendo princípios políticos constitucionalmente conformadores²⁹.

Segundo esta classificação, pode-se defini-los como as normas ou princípios que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, revelando as opções políticas fundamentais, bem como a ideia mestra que serviu de inspiração para a construção da Constituição.

Neste passo, a título de exemplo, merecem destaque as normas que definem o regime de Estado, como a oposição monarquia ou república, de estrutura do Estado, sendo um Estado federal ou unitário, ou, também, em relação à forma de governo, opondo-se o regime presidencialista ao parlamentarista.

Outra importante classificação dos princípios constitucionais a ser mencionada é a advinda de Jorge Miranda³⁰, o qual apresenta sua classificação em substantivos e instrumentais.

No tocante aos princípios constitucionais substantivos, há de se pontuar que são válidos em si mesmos e expressam os valores básicos a que adere a Constituição material, subdividindo-se em princípios axiológicos fundamentais, os quais são correspondentes aos limites transcendentais do poder constituinte, ponte de passagem do Direito Natural para o Direito Positivo, e princípios político-constitucionais, relativos aos limites imanentes do poder constituinte, que refletem as opções e princípios de cada regime, como o princípio democrático, o princípio representativo, o da Separação de Poderes, o da constitucionalidade, etc.

Por sua vez, os princípios constitucionais instrumentais correspondem à estruturação do sistema constitucional, em termos de racionalidade e operacionalidade, dando como exemplos o princípio da publicidade das normas jurídicas, o da competência, etc.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 174.

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manuel de Direito Constitucional**: tomo II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 162.

Há de ressaltar também outra classificação dos princípios constitucionais, em que se percebe a divisão entre princípios políticos constitucionais e princípios jurídicos constitucionais³¹.

O primeiro deles, é de se asseverar, faz referência às decisões políticas fundamentais conformadoras do sistema constitucional positivo, constituindo todo o Título I da Constituição.

Já os princípios jurídicos constitucionais são aqueles informadores da ordem jurídica nacional, como o princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, o princípio do devido processo legal, dentre outros.

Cite-se, ainda, a definição de princípios constitucionais elaborada por Luís Roberto Barroso³²:

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Em suma, extrai-se que os princípios constitucionais são as normas basilares de toda a ordem constitucional. Ou melhor, os princípios se consubstanciam no oxigênio das constituições na época do pós-positivismo, e é graças a eles que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa³³.

Com essas bases, podemos afirmar que os princípios assumem grande relevância no atual ordenamento jurídico, sendo a eles conferido, inclusive, grande grau de hegemonia e superioridade.

Aliás, necessariamente deve ser colacionada a lição de Paulo Márcio

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 9.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 147.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 259.

Cruz³⁴:

Os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e posituação destes valores, deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento, sendo que os primeiros são espécie e as segundas gênero desta.

Neste momento, pontua-se que princípio é toda norma jurídica, enquanto considerada como determinada de uma ou várias outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo posteriormente o preceito em direções menos gerais, das quais determinam e resumem potencialmente o conteúdo³⁵.

Contribuindo para o debate, vem à tona importante lição de Luiz Henrique Cademartori³⁶ acerca dos princípios constitucionais. Em suas palavras:

Nessa perspectiva, os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais conforme já se observou. Em outros termos, pode-se dizer que estes se traduzem juridicamente, desde a base do ordenamento jurídico, em princípios, nele explicitados ou não, tidos como verdadeiros instrumentos de implementação e proteção de tais valores historicamente consagrados na maioria dos sistemas normativos ocidentais.

Os princípios, portanto, não somente expressam uma natureza jurídica, mas também ideológica, política e social – assim como as demais normas do sistema jurídico –, cuja eficácia alcança muito além dos procedimentos estatuídos (judicialistas, legislativos e administrativos), eis que abrange também a organização dos mais variados segmentos sociais (tais como movimentos populares e sindicatos)³⁷.

Encerrada esta breve, mas importante análise acerca dos princípios

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 304.

³⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada, p. 56.

³⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**, p. 80.

³⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada, p. 79.

constitucionais – de maneira geral –, este estudo se dedica aos princípios dentro do contexto do constitucionalismo brasileiro, de tal maneira que se aproxime os conceitos mencionados acima ao que ocorre em terras brasileiras.

1.4. OS PRINCÍPIOS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como visto, a doutrina já assinala, com firmeza, a operatividade dos princípios no atual sistema jurídico. Com a evolução da hermenêutica jurídica, os princípios deixaram de ter uma importância secundária, quando apenas aplicados na existência de lacunas das normas, para serem protagonistas e assumirem a relevância de norte para aplicação das normas, sob pena de se terem por inválidas.

Neste diapasão, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foi de grande importância para alavancar a importância e, mais, a própria aplicação dos princípios jurídicos na apreciação de casos concretos.

A Carta Cidadã foi responsável por uma mudança de paradigmas, principalmente no que diz respeito à atuação jurisdicional, outrora sempre vinculada aos preceitos positivos insculpidos em lei.

Os princípios e, notadamente os princípios constitucionais, ganharam tal importância no pós-positivismo que, com base nas construções teóricas antes feitas, não é mais possível se pensar na clássica afirmativa de que os princípios servem para preencher as lacunas deixadas pela lei.

Ao contrário, os princípios agora servem de base de sustentação de todo o ordenamento jurídico, sendo fonte para a elaboração e aplicação das normas como um todo.

Em termos práticos, para tornar clara a sedimentação dos princípios constitucionais no Direito brasileiro, lembra-se dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, trazidos pela Constituição Federal de 1988, em que encontramos os seguintes:

- a) Princípio republicano (art. 1º, *caput*);
- b) Princípio federativo (art. 1º, *caput*);
- c) Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*);
- d) Princípio da Separação de Poderes (art. 2º);
- e) Princípio Presidencialista (art. 76);
- f) Princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV);

Como antes abordado, estas são as decisões políticas fundamentais adotadas pelo constituinte. Referidas escolhas, no entender de Barroso³⁸, delimitam o modelo de Estado, e mais, o modelo de atuação e de adequação das normas ao sistema doravante adotado.

Entretanto, o constituinte não se limitou a apenas este rol de princípios. Optou, também, por elencar uma série de princípios gerais do ordenamento jurídico, em que podemos destacar os seguintes:

- a) Princípio da Legalidade (art. 5º, II);
- b) Princípio da Liberdade (art. 5º, II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, dentre muitos outros);
- c) Princípio da Segurança Jurídica (art. 5º, XXXVI);
- d) Princípio do Acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV);
- e) Princípio do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII e LIII);
- f) Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV).

Importante destacar que há evidente diferenciação entre os dois róis de princípios que foram acima elencados. Verificamos que certa ordem dos princípios atua, em verdade, como uma delimitação da forma do Estado como um todo, enquanto o segundo está relacionado com a limitação do poder do Estado.

Melhor traçando estas diferenças, novamente transcreve-se o magistério de Luis Roberto Barroso³⁹, que afirma:

Há características peculiares a esses princípios, em contraste com os que

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 158.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 158.

se dizem fundamentais. Em primeiro lugar, eles não têm caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando desde logo situações individuais. Seu conteúdo tem menos de decisão política e mais de valoração ética, embora, de certa forma, não deixem de ser meros desdobramentos daquelas opções políticas fundamentais. Os princípios gerais, embora se possam encontrar em diferentes passagens da Constituição, concentram-se no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º).

Dito isso, nota-se a diferença existente entre determinados princípios insculpidos na Constituição. Como visto, alguns são de ordem organizacional do próprio Estado, sendo que outros estão ligados aos direitos e garantias fundamentais. Não se limitando, claro, aos tipos esboçados anteriormente.

Existem princípios ditos setoriais, ou especiais, que estão espalhados por vários títulos da Constituição e produzem efeitos em um número certo de normas. A título de exemplificação destes princípios ditos setoriais, estão elencados os princípios norteadores da Administração Pública.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, enumera os princípios setoriais específicos da Administração, sendo eles a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em demais artigos se nota outros princípios específicos, como no caso do princípio da prestação de contas (art. 70, parágrafo único).

No âmbito do Direito Tributário, por exemplo, o mesmo fenômeno aparece. São vários os princípios específicos desse ramo do direito que aparecem como limitadores à atuação estatal. É o caso dos princípios da legalidade tributária e da isonomia tributária, previstos no art. 150, incisos I e II, respectivamente. Além desses, podemos citar o princípio da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de Direito Público, com previsão no artigo 150, inciso VI, alínea a.

Enfim, são vários os ramos do direito em que o fenômeno principiológico produz efeitos. Cada vez mais, aliás, observa-se a influência dos princípios nos diversos ramos do direito.

Daí o porquê de Gustavo Binembjom⁴⁰ utilizar o termo “juridicidade”, por

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia

intermédio do qual quer dizer que as práticas devem estar em conformidade não apenas com a lei, em sentido estrito, mas em conformidade com todo o ordenamento jurídico, incluindo-se os princípios constitucionais, gerais ou setoriais.

Extraí-se do ordenamento jurídico e, principalmente, da Constituição Federal, princípios que podem ser explícitos ou implícitos. A fim de se identificar outros princípios constitucionais específicos da Constituição, o intérprete deverá observar os traços de abstração e generalidade que os configura⁴¹.

As normas de preceitos ou regras (ou a lei, nos termos de Cademartori⁴²), não devem ser confundidas com princípios, porquanto a lei – por não possuir caráter de generalidade e abstração tão amplo quanto os princípios – acaba por se tornar inequivocamente insuficiente para reger todo o espectro social.

Por oportuno, é de grande importância destacar que os princípios constitucionais têm hegemonia e proeminência em qualquer sistema jurídico.

É justamente essa a lição de Paulo Bonavides⁴³, ao afirmar que tal posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, atualmente envolvida em grandes discussões nos tribunais pátrios.

1.5. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: CONCEITUAÇÃO

De plano merece ser mencionada a relevância da temática da segurança jurídica. Nos dizeres de Cavalcanti Filho⁴⁴, é possível afirmar que, no fundo, a segurança pode ser considerada a razão do direito.

Vem à tona, entretanto, o seguinte questionamento: qual seria, afinal, o

e constitucionalização.

⁴¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**, p. 107.

⁴² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**, p. 107.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 264.

⁴⁴ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O Problema da Segurança no Direito**. São Paulo: RT, 1964, p. 53

conceito de segurança jurídica?

Para que dita pergunta seja respondida da maneira mais percuciente possível, passa este estudo a elencar uma série de conceituações e sua presença nos textos legais para, aí então, dissecar os aspectos mais específicos a respeito do assunto.

Há muito se discute a questão da segurança jurídica dada sua evidente relevância para o estudo do direito. Não é por outro motivo que pontua Lopes⁴⁵, com clareza, a respeito da ligação entre o tema e os antiquíssimos Cícero e Tomás de Aquino:

Lembre-se, por exemplo, da ligação estabelecida por Cícero entre direito e “certeza” – *omnia sunt incerta quae a iure decessum est* –; na mesma linha, um pouco adiante, Tomás de Aquino já defendia a definição de lei estipulada por Isidoro de Sevilha em *Etimologia*, segundo a qual ‘a lei deve ser honesta, justa, possível conforme a natureza, apropriada aos costumes do país, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, claramente expressada para que, na sua obscuridade, não se oculte algum engano, sendo instituída para não fomentar um interesse, mas para utilidade comum dos cidadãos’.

O princípio da segurança jurídica deve ser identificado como a capacidade de o cidadão confiar que os atos ou decisões públicas incidentes sobre seus direitos, praticadas de acordo com a ordem jurídica vigente naquele momento, se ligarão aos efeitos jurídicos duradouros (previstos ou calculados com base nas mesmas normas), de maneira que há como sua consequência a proibição de leis retroativas, irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos e inalterabilidade da coisa julgada⁴⁶.

No entender de Ávila⁴⁷, a segurança jurídica deve ser entendida como uma espécie de “garantia de respeito”, a ser fundada em um paradigma de controlabilidade semântico-argumentativa e cuja realização depende claramente de

⁴⁵ LOPES, Márcio Marçal. **Efeito vinculante dos precedentes, segurança jurídica e prestação jurisdicional como garantia fundamental**. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2012, p. 104.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 373.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 284-285.

elementos, dimensões e aspectos a serem avaliados de modo conjunto, pressupondo a obediência aos seguintes fatores:

- Examinar se a Constituição pôs ou pressupôs, mediante incorporação, conceitos pré-constitucionais infraconstitucionais, em razão de processos anteriores de determinação conceitual, caso em que a atividade (legislativa e administrativa) deles não se poderá afastar; a reconstrução conceitual, destinada a fundamentar a justificação externa do raciocínio jurídico, deverá priorizar, dentre os argumentos linguísticos, sistemáticos, genéticos, históricos e pragmáticos, aqueles que são mais fortemente suportados pelos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, o que implica a prevalência dos argumentos linguísticos e sistemáticos, sempre com o suporte final na coerência substancial dos argumentos.
- Verificar, para a situação a ser normatizada, a existência de termos que já tenham sido semanticamente conotados e cuja utilização seja adequada à sua regulação, só sendo permitido o emprego de expressões cujo significado seja mais indeterminado nos casos em que, não havendo, em uma primeira fase, pressuposição conceitual constitucional, e, em uma segunda, utilização legal de termos que já sofreram processos argumentativos anteriores de determinação, seja necessário e proporcional o seu uso, hipótese, porém, em que o controle de razoabilidade da concretização administrativa deve ser mais rigoroso.
- Comprovar se na concretização normativa, por qualquer um dos Poderes, os contra-argumentos do contribuinte foram considerados e avaliados, e os problemas de prova, de qualificação, de interpretação e de relevância, puderam ser devidamente enfrentados. Isso pressupõe tanto uma autêntica justificação racional, assim entendida aquela que preserva a universalização e a coerência na argumentação, capaz de indicar os elementos a serem avaliados e os critérios, intersubjetivamente controláveis, indispensáveis à sua avaliação, quanto um devido processo legal no qual seja garantida a transparência, que ocorre quando há imparcialidade, publicidade, ampla defesa, contraditório e fundamentação.
- Certificar se todos os processos anteriores tiveram a sua justificação exteriorizada por meio de linguagem clara, logicamente encadeada e com elevado grau informativo, aferido pelos seus destinatários.

Ao tratar-se da segurança jurídica, há de se distinguir o “sentimento de segurança” (ou seja, o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de determinadas garantias), e este complexo em si, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia necessárias para que vida em

sociedade seja minimamente harmônica e, em especial, ordeira⁴⁸.

Lopes⁴⁹, ao lembrar Luis Rodolfo Vigo, nesta seara traz importantes considerações a respeito das diversas posições jurídicas diante da segurança jurídica:

a) Negativistas ou céticas: pertencem a este grupo os que ignoram, desconfiam ou rejeitam a segurança jurídica; politicamente, é possível lembrar das críticas marxistas à segurança, que associam a mesma ao egoísmo burguês e à necessidade da 'polícia'; do ponto de vista jurídico, J. Frank e o próprio Hans Kelsen também criticaram a pretensão de que cada norma geral admite tão somente uma solução tal qual a postula 'a jurisprudência tradicional para manter o ideal da segurança jurídica'.

b) A segurança jurídica como valor principal: tal posição reflete quase que absoluto antagonismo em relação à primeira, pregando a segurança jurídica como bem valioso a ser alcançado pelo direito e pela própria justiça; a segurança seria vista como signo distintivo da civilização; autores de peso como Gustav Radbruch, Recaséns Siches e Carnelutti podem ser alocados neste quadro.

c) A segurança jurídica como valor autônomo ou específico: autores como García Maynez fazem uma distinção entre bem comum, justiça e segurança jurídica, propalando que a última tem objeto que lhe é próprio, não se misturando com o fim da justiça; referido autor confere à segurança jurídica o designo de ordem, conhecimento e orientação das normas jurídicas, bem como a confiança de que as mesmas seriam realizadas, o que vinculava a segurança jurídica à eficácia do direito.

d) Assimilação da segurança jurídica à justiça: nesta linha, encaixam-se aqueles que identificam a segurança jurídica com a própria justiça, negando-lhe especificidade. [...]

e) A segurança jurídica como valor anexo ou adjetivo da justiça: aqui, a segurança jurídica pode ser concebida como valor adjetivo aos valores que compõem a justiça, não se confundindo com a mesma, tampouco se afastando dela, o que evitaria o uso ideológico e substantivizado do termo. Tomada como qualidade, a segurança jurídica pode levar ao melhoramento do direito a partir de sua especificidade, sem que sobreviva de forma independente da justiça.

Importante pontuar, contudo, que não se faz possível conceber a ideia

⁴⁸ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

⁴⁹ LOPES, Márcio Marçal. **Efeito vinculante dos precedentes, segurança jurídica e prestação jurisdicional como garantia fundamental**, p. 104-106.

maniqueísta de que existe apenas uma única resposta correta para os casos jurídicos concretos⁵⁰.

Aliás, se é verdade que quanto mais se torna certo o direito, mais há condições de segurança, também é necessário que não se esqueça que uma certeza estática acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida real, e essa impossibilidade de inovação acabaria – por via transversa – gerando também um sentimento de insegurança⁵¹.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵², ao seu turno, é expresso quanto à percepção de que o princípio constitucional da segurança jurídica decorre dedutivamente do chamado “sobreprincípio” do Estado Democrático de Direito, tendo em conta sua extrema ligação daquele com este.

Efetuada tal relevante menção, deve ser colacionada a lição de Sylvia Calmes-Brunet citada por Carvalho⁵³, a qual aponta que a aproximação do conceito de segurança jurídica deve ser declinada em três proposições:

Num primeiro aspecto, segurança jurídica induz na ideia de *previsibilidade* ou, em outros termos, de possibilidade de *cálculo prévio* acerca das medidas ou comportamentos do poder público em qualquer de suas funções (legislação, jurisdição e administração pública). Nesse primeiro significado, necessariamente reenviado ao futuro, a segurança jurídica possui uma faceta *ex ante*, ou seja, o estado de coisas pretendido pelo princípio em lume conduz à necessidade de que os destinatários das funções estatais tenham condição de conhecê-la antes de sua concretização. Em tal sentido, a segurança jurídica justificará – e estará conformada – pela legalidade, especialmente na sua feição de reserva legal, pela irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, pela necessidade de regras de transição, pela anterioridade de previsão de algumas matérias e, ainda, pela proteção da confiança legítima quanto às regras legais, dentre outros instrumentos de previsibilidade (*ex ante*) dos

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

⁵¹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual, p. 87.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, p. 10, out./dez., 2006.

⁵³ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009, p. 221-222.

modos da ação estatal.

Numa segunda dimensão, o princípio da segurança jurídica conduziria à noção de *acessibilidade*, muito mais relacionada com o *saber* (conhecer) as ações estatais do que com a sua previsibilidade propriamente dita. Em termos mais amplos, tal dimensão da segurança jurídica aproxima-se, ao menos no que tange ao Direito Administrativo, da noção de transparência administrativa e possui dois aspectos, um formal e outro material: quanto ao aspecto formal da noção de acessibilidade, relaciona-se com a publicidade efetiva, adequada e suficiente; já na perspectiva material, a segurança jurídica, como acessibilidade, produz a necessidade de motivação, de coerência, de clareza e de precisão, seja no que se refere às ações propriamente ditas, seja no que atine às razões que as determinaram.

Por fim, numa terceira acepção, a qual se tem como mais relevante no presente estudo, a segurança jurídica tem novamente uma feição de previsibilidade, porém agora *ex post*, ou seja, no sentido de *estabilidade*, de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas (sejam atos, sejam comportamentos do poder público) vigentes. Com certeza, tal noção de estabilidade não se permite absoluta, porquanto não se faz cabível qualquer pretensão de petrificação na ordem jurídica. Todavia, a segurança jurídica, como indutora de estabilidade, cria mecanismos para um mínimo de continuidade dos efeitos advindos das relações jurídicas. Em tal sentido, o princípio da segurança jurídica, conforma – e é conformado – por institutos tais como a coisa julgada, regras de preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido e, ao que aqui mais interessa, a proteção da confiança.

Há a necessidade de o ser humano possuir um mínimo de segurança jurídica em sua vida social, sob pena de absoluta impossibilidade de manutenção de uma sociedade justa, e por tal razão desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos de um Estado de Direito, porquanto ambos os princípios mencionados caminham associadas (a ponto de alguns considerarem a proteção da confiança como um subprincípio ou dimensão específica da segurança jurídica)⁵⁴.

Percebe-se, em suma, que um Estado minimamente democrático simplesmente não consegue ter estabilidade se o respectivo ordenamento jurídico não for capaz de promover segurança jurídica àquela comunidade, uma vez que apenas em uma estrutura jurídica razoavelmente segura se faz possível assegurar

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 257.

as liberdades individuais dos cidadãos nela inseridos.

No mais, efetuada a análise acerca da interpretação doutrinária acerca da segurança jurídica, este estudo se redireciona para a visão no sistema legal e constitucional brasileiro sobre o tema.

De início, necessariamente se traz à baila que a palavra “segurança” é verificada inclusive no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, consoante se observa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A respeito especificamente desta questão atinente ao Preâmbulo da Constituição Federal cidadã, Humberto Ávila⁵⁵ leciona que a Assembleia Nacional Constituinte teve gigantesca preocupação com a segurança jurídica, chegando, inclusive, a se tornar propositadamente redundante:

Como já afirmado, a CF/88 prevê, expressamente, a proteção da “segurança”. No “Preâmbulo”, prevê que os representantes do Povo Brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático ‘destinado a assegurar [...] a segurança [...]’. Assim, se forem conjugadas as palavras dessa expressão, pode-se afirmar que a Constituição institui um Estado Democrático destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valor supremos de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a ordem. A segurança jurídica está presente, no mínimo, cinco vezes naquela expressão: ‘assegurar’ significa tornar seguro; ‘segurança’ quer dizer algum estado digno de proteção; ‘harmonia social’ revela um estado de estabilidade e de previsibilidade e, portanto, de segurança; e ‘ordem’ denota, igualmente, um estado desejado de estabilidade e, assim, de segurança. Pode-se dizer, com isso, que a Constituição como que eleva à ‘quinta potência, já no seu ‘Preâmbulo’, ao estabelecer, com redundância enfática, algo como ‘tornar

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, p. 207.

segura a segurança como algo digno de ser assegurado em uma sociedade segura’.

Mais adiante na Constituição, percebe-se que a palavra “segurança” novamente se encontra presente, desta vez no *caput* do famigerado artigo 5º.

Paira aqui, no entanto, um questionamento: estaria o constituinte se referindo à palavra “segurança” no sentido de incolumidade física, a ser oponível em face do Estado e também por ele garantido – na conotação oposta à de insegurança nas grandes cidades, em decorrência da crescente violência –, ou se objetivou tratar detidamente da segurança na acepção jurídica do termo?

No entender de Ávila⁵⁶, há de analisar a questão sobre um ponto de vista mais amplo, de tal maneira que a resposta se torna evidente, muito embora envolta em razoável complexidade:

A previsão contida no *caput* do art. 5º já não revela igual clareza com que o termo é utilizado no ‘Preâmbulo’ da Constituição. Nesse dispositivo garante-se a inviolabilidade do ‘direito à segurança’. Fica evidente que a segurança é um direito individual, oponível ao Estado e a ser por ele próprio garantido, em virtude do capítulo em que a expressão é inserida. Inicialmente, porém, não fica claro se o termo ‘segurança’ se refere à segurança individual, como incolumidade física, ou diz respeito à segurança jurídica, como exigência de um ordenamento cognoscível, confiável e calculável. De fato, o mencionado dispositivo garante o ‘direito à segurança’, sem qualquer qualificativo para o termo ‘segurança’. A verdade é que vários dos valores e dos direitos mencionados nesses dispositivos são portadores de elevada ambiguidade, porque se prestam a denotar tanto aspectos físicos quanto valorativos [...]. A linguagem constitucional aberta, sem qualquer restrição de sentido, favorece a interpretação segundo a qual o termo ‘segurança’ abrange tanto a segurança jurídica quanto a não-jurídica.

A leitura de todo o art. 5º leva, no entanto, à conclusão de que o termo ‘segurança’ é usado no sentido estrito de segurança jurídica. Primeiro, porque ele garante o direito à segurança ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade. Ora, sendo a liberdade, a igualdade e a propriedade valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais, a proteção da segurança de *modo paralelo* à garantia desses outros valores é claro indicador de que o termo foi utilizado no sentido de segurança jurídica, tendo em vista que a

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, p. 209-210.

segurança física não revela esses atributos. Segundo, porque entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º há vários relativos tanto à segurança física e individual (como são os casos da proteção da residência e da instituição da garantia do *habeas corpus* contra restrições abusivas da liberdade) quanto às exteriorizações específicas da liberdade (como são os casos da proteção da liberdade de manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença, da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação ou da liberdade de associação para fins lícitos) – o que conduz à conclusão de que a previsão do *caput*, para ter algum sentido, só pode mesmo se referir à segurança em toda a sua abrangência, inclusive como segurança jurídica, quer como segurança do Direito, quer como segurança pelo Direito.

Verifica-se, ademais, que há outra previsão constitucional a respeito do princípio da segurança jurídica, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, o que – de uma maneira ou de outra – constitucionaliza o princípio mencionado.

Levantados de maneira breve – eis que não se trata em específico do objeto deste estudo –, assim, alguns dos textos normativos em que se verifica menções ao princípio da segurança jurídica, dedicam-se as próximas linhas às questões que demonstram a relevância da segurança jurídica dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 02

A RELEVÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Compreender os Direitos Fundamentais, como é o caso da Segurança Jurídica, não é uma tarefa fácil. Primeiramente porque os doutrinadores divergem sobre aqueles, uns apresentando uma ideia mais abrangente e outros os restringindo mais, a depender da linha filosófica adotada pelo jurista.

Pode-se dizer que o cristianismo tem grande influência no reconhecimento dos Direitos Fundamentais. Afinal, é a partir desta doutrina que se reconhece, pela primeira vez, a dignidade humana, o que é facilmente justificado pela compreensão de que o homem seria a imagem e a semelhança de Deus, sendo que este mesmo tornou-se humano, a fim de determinar um alto valor intrínseco à natureza humana.⁵⁷

Porém, deve-se compreender que as diferentes correntes ideológicas buscaram justificar os Direitos Fundamentais de modo diverso, conforme ensinamento do professor Gilmar Ferreira Mendes⁵⁸:

Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.

Assim, buscar um consenso sobre o que seria e qual seria a origem e a justificativa dos Direitos Fundamentais é realmente uma tarefa árdua.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 157

No entanto, devem ser resgatados alguns acontecimentos históricos que precederam a chancela estatal dos Direitos Fundamentais. Por exemplo, é sabido que nos séculos XVII e XVIII os teóricos contratualistas deram ênfase ao fato da autoridade política estar subordinada ao indivíduo, colocando, desta forma, os cidadãos em caráter superior ao Estado.

Assim, houve evidente reforço ao fato de que a instituição estatal tem a obrigação de garantir determinados direitos básicos aos cidadãos, de maneira que os direitos fundamentais assumem posição de grande realce na sociedade a partir do momento em que se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo, posto que se reconhece que o indivíduo tem primeiro direito e, depois, deveres perante o ente estatal⁵⁹.

O que se pode dizer é que os Direitos Fundamentais são direitos históricos, os quais surgem em determinado momento, sem que obviamente se impeça o reconhecimento de novos Direitos Fundamentais.

Porém, para a melhor compreensão destes direitos, faz-se necessária a conceituação destes, o que deve ser feito por intermédio de diversos doutrinadores, a fim de abarcar os mais diversos conceitos e, ainda, para que se questione os pontos eventualmente controvertidos.

Sobre este aspecto, leciona Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁰:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Observa-se a convergência da ideia de que os Direitos Fundamentais podem ser tanto aqueles que estão no rol disposto na Constituição (Direitos

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 155.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 80.

Fundamentais formais), quanto aqueles que – ainda que não possuam previsão constitucional expressa – possuem matéria de Direito Fundamental (Direitos Fundamentais materiais).

Com uma perspectiva filosófica, neste ponto, há a definição de que se trata de direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, sendo direitos absolutos, imutáveis e intemporais, além de inerentes à própria qualidade de homem dos seus titulares⁶¹.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais em sentido material, menciona-se que são as pretensões que em cada momento histórico se descobrem por via da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana⁶².

Luís Roberto Barroso⁶³ aduz a respeito do tema que é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, os quais devem ser alvo de máxima proteção, independentemente de sua posição formal, da geração que pertencem e do tipo de prestação a que eventualmente dão ensejo.

Entender os Direitos Fundamentais a partir da sua interligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, frisa-se, parece ser a compreensão mais acertada. Isto porque não havendo tal comunicação entre estes conceitos em certos momentos históricos, o manto da legalidade permitiu certas atrocidades, como bem adverte Flávia Piovesan⁶⁴.

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta a profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 11 e 14.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 159.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201-202.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da “banalidade do mal”, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal.

Justamente em virtude destes acontecimentos, sob a justificativa da legalidade, é que se encontra uma nova guinada no constitucionalismo no momento imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial.

Tal mudança de compreensão é justificada pela reaproximação da ética e do direito a partir do reencontro com o pensamento kantiano, tal qual a lição de Piovesan⁶⁵ nos mostra:

Intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados de “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados de “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida que tem valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal.”

Ao se reconhecer as pessoas como fim em si mesmas, de modo a proteger a sua autonomia e liberdade, há a elevação do princípio da dignidade humana a um patamar diferenciado, passando a ser este princípio o núcleo de todo

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 85.

o ordenamento jurídico⁶⁶.

Força esta, importante pontuar, que se caracteriza no fato de que nenhum princípio pode ser considerado mais valioso para compendiar a unidade material constitucional do que o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Sendo admitida a centralidade do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico, condicionando o objetivo deste, passam a ser reconhecidos como direitos fundamentais os direitos sociais e difusos, porquanto sem a concretização de ambos não haverá a garantia da dignidade da pessoa humana, não havendo, deste modo, a efetivação dos Direitos Fundamentais, consoante arrazoa Piovesan⁶⁸ ao lembrar Luño:

A Constituição vem a concretizar, desse modo, a concepção de que “os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si”, no dizer de Antonio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são, assim, dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

Logo, pode-se perceber que os Direitos Fundamentais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja para consagrá-lo através de Direitos Individuais ou por via de Direitos intitulados como Coletivos.

Afirma-se, inclusive, que os Direitos Fundamentais servem como um trunfo da minoria em face das eventuais maiorias que podem surgir no Parlamento, uma vez que para modificá-los faz-se necessária uma maioria qualificada (art. 60, §2º da Constituição Federal), ou mesmo uma nova constituição, quando se trata de modificação tendente a abolir referidos direitos (art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal). Assim, torna-se claro que tais direitos possuem o valor mais importante de qualquer democracia.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 86-87.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 90.

Apesar de não constar expressamente a Segurança Jurídica como Direito Fundamental, é somente esta que permitirá que os cidadãos possam programar sua vida com tranquilidade, sabendo, exatamente, os efeitos de seus atos.

Pensar de forma diversa é permitir arbitrariedades estatais, em qualquer meio. Podem, portanto, ser exemplos de que a segurança jurídica é direito fundamental as seguintes menções na Constituição: art. 5º, inciso III (princípio da legalidade lato sensu), inciso XXXVI (proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), inciso XXXIX (princípio da legalidade penal) e inciso XXXL (princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica); art. 150, inciso II (princípio da legalidade tributária) inciso III, alínea “a” (princípio da irretroatividade da lei tributária), alínea “b” (princípio da anterioridade de exercício) e alínea “c” (princípio da anterioridade mínima), conforme lições de Oliveira⁶⁹.

Assim, a garantia da Segurança Jurídica deve ser considerada um Direito Fundamental, uma vez que tem por escopo dar previsibilidade aos cidadãos das consequências jurídicas dos atos praticados, evitando arbitrariedades do Estado.

2.2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PILAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Justamente por ser elemento importante no controle das arbitrariedades do Estado que a segurança jurídica é pilar do Estado Democrático de Direito. Porém, para melhor entender esta relação, torna-se necessária a análise da construção deste modelo estatal, recuperando, historicamente, as facetas do Estado.

Primeiramente, deve-se ater ao Estado no modo absolutista, o qual tinha na sua ideia central, a pessoa de um governante sem limites, soberano, que fazia as leis e as executava de modo arbitrário e, ainda, julgava.

⁶⁹ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil:** uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/ficha.html>>. Acesso em: 04/03/2014, às 15 horas e 20 minutos.

Neste momento histórico, por óbvio, não havia direitos ou garantias aos cidadãos, eis que o absolutismo é referido como a marca definidora de um período histórico em que o poder foi obtido e exercido sem qualquer mínima regra limitadora e, em análise última, sem legitimidade jurídica⁷⁰.

Nos moldes do que reza Barroso⁷¹, referido movimento tomou conta de todo o planeta, sendo característica marcante durante a Idade Média exatamente os Estados Absolutistas e a enorme concentração de poder na mão do soberano:

A ascensão de Henrique IV ao trono francês, em 1594, após sua conversão ao catolicismo, deu início a uma fase de tolerância religiosa. Seu governo foi decisivo na afirmação do poder real, no enfraquecimento dos senhores feudais e na consolidação de um Estado nacional, havendo lançado as bases do *Ancien Régime*, fundado no poder absoluto do monarca. O absolutismo se consolida no período de influência do cardeal Richelieu, durante o reinado de Luís XIII, vindo a ter sua expressão simbólica mais marcante em Luís XIV (1643-1715), a quem se atribui a frase-síntese dessa era: “*L’Etat c’est moi*”.

Através desta fala de Luís XIV, sendo em livre tradução “O Estado sou eu”, pode-se perceber que o período da Idade Média, conhecido pelos Estados Absolutistas, tinha por elemento fundamental um governo de homens e não um governo pautado em leis.

No entanto, tais práticas foram, com o tempo, tornando-se insuportáveis para as populações, ocasionando, deste modo, a eclosão de algumas revoltas populares, visto que os cidadãos já não mais aceitavam ser submetidos às arbitrariedades do monarca, sem qualquer limitação.

E, também, é importante que se diga que tais arbitrariedades prejudicavam o desenvolvimento da burguesia, a qual vinha crescendo e desejando um novo sistema econômico.

De tal modo, os séculos XVII e XVIII tiveram como característica a ascensão política da burguesia, sendo consequência disto um novo padrão de

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67-68.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 46.

organização política, a qual vinha para superar o absolutismo e eliminar os privilégios da nobreza.

As revoluções burguesas tiveram como bases políticas, econômicas e sociais a acumulação de fatores históricos, inclusive a caracterização de aspirações humanistas externadas em momentos anteriores⁷².

Dentre todas as revoltas deste período, a de maior destaque foi, sem dúvida, a Revolução Francesa, eis que se caracterizou como a de maior impacto nos sistemas políticos e jurídicos, apesar de seu resultado final não ter sido considerado vitorioso, como bem nos recorda Luís Roberto Barroso⁷³:

Mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. Coube a ela – e não à Revolução Inglesa ou à Americana – dar o sentido moderno do termo “revolução”, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade, foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história. Não ainda como protagonista, já que a hora era da burguesia. Mas quando, na noite de 14 de julho de 1789, a multidão sem controle marchou pelas ruas de Paris, então capital do mundo civilizado, e derrubou a Bastilha, os pobres e deserdados saíram pela primeira vez da escuridão dos tempos. Daí para frente, passariam cada vez mais a desafiar a crença de que a miséria é destino e não consequência da exploração e dos privilégios das classes dominantes.

A revolta não foi contra a pessoa do monarca, o qual, a princípio, permanecia intocável. A Revolução se focou, na verdade, em lutas contra o modelo absolutista, em especial por conta dos privilégios que cercavam a nobreza e o clero.

Não se exigia, necessariamente, a saída do monarca do poder, apenas que esse o exercesse de modo limitado, com a garantia de alguns direitos aos cidadãos. Neste momento histórico, consumou-se o fim do regime absolutista,

⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI, p. 99-100.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 47.

pretendendo-se criar uma monarquia constitucional, em que o monarca passaria a ser tão somente um delegado da nação⁷⁴.

Noutras palavras, o que se buscava com a Revolução Francesa era dar maior segurança, inclusive jurídica, aos cidadãos que não participavam da elite do Estado.

Fazia-se necessário que as pessoas soubessem das consequências de seus atos antes de praticá-los, a fim de evitar que algum monarca, de modo totalmente arbitrário, lhe tirasse o pouco que ainda possuía, conforme expõe Dallari⁷⁵:

Para dar certeza e segurança às relações econômicas e financeiras, bem como para deixar o caminho livre para novos empreendimentos, era necessário fixar regras claras e duráveis, não sujeitas às decisões arbitrárias de governantes e aos caprichos de uma classe social parasitária e detentora de privilégios, como era a nobreza. A consciência dessa necessidade contribuiu muito para que se desenvolvesse a ideia da Constituição como estatuto político-jurídico fundamental, limitador das ações políticas, sem que se chegasse a concebê-la como a base jurídica das relações sociais. Aquelos fatores negativos acumulados, acima referidos, faziam-se presentes pela reiterada prática de abusos contra a liberdade, o patrimônio, a integridade física e a dignidade das pessoas desprovidas de poder político.

Foram justamente os abusos praticados pelos monarcas e pela elite que dominava o cenário político do Estado Absolutista que permitiram tamanha revolta na população, a qual foi buscar, de forma incessante, a sua liberdade e as suas garantias.

Assim sendo, não há como se negar que foram as práticas arbitrárias que permitiram a difusão do constitucionalismo como uma regra para um Estado que respeite os direitos de seu povo.

Esses tremendos abusos contribuíram, sem qualquer dúvida, para o desenvolvimento de filosofias políticas que exaltavam os valores fundamentais da pessoa humana e se opunham ao arbítrio, como o

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 48.

⁷⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI, p. 100.

Liberalismo e o Racionalismo, bastando lembrar como exemplos alguns autores que exerceram enorme influência, como Locke, na Inglaterra, Hugo Grócio e Spinoza, na Holanda, Rousseau e Montesquieu, na linha francesa, todos sustentando a existência de valores inerentes à condição humana e decorrentes da própria natureza. Esses e outros pensadores foram muitas vezes expressamente referidos nos debates políticos e nos documentos que definiram a Constituição como expressão de ideais políticos e como definidora da forma de organização mais condizente com as exigências do respeito ao indivíduo e aos seus direitos. Do ponto de vista político, a Constituição, definindo limites e regras para o exercício do poder político, passou a ser referida como garantia contra o absolutismo e o exercício arbitrário do poder pelo rei ou pela nobreza, razão pela qual foi incorporada ao aparato indispensável do Estado liberal-burguês.⁷⁶

O grande marco das revoluções burguesas foi mesmo a busca incessante pela limitação do poder estatal. Aludidas revoluções mudaram, definitivamente, a história da humanidade, uma vez que o Antigo Regime estava acabado, nascendo um novo modelo de Estado.

Ainda, a era napoleônica mudou a geografia da Europa, auxiliando, ainda que indiretamente, para a unificação da Itália e da Alemanha. Aliás, a idealização exagerada de diversos nacionalismos anunciavam o drama bélico que seria encenado ao longo dos séculos seguintes.⁷⁷

No cenário das instituições políticas e do constitucionalismo, houve uma elevação da relevância de alguns valores como o sufrágio universal, a soberania popular, a separação dos Poderes, a proteção dos direitos individuais, com ênfase nas liberdades públicas, na igualdade formal e na propriedade privada.

Consumava-se a conquista do Estado pela burguesia, que conduzira o processo revolucionário do primeiro ao último ato, salvo durante o breve intervalo jacobino. Com o Estado liberal burguês, o poder econômico e o poder político celebravam sua aliança definitiva, até aqui inabalada.⁷⁸

Porém, deve-se ressaltar que este início de constitucionalismo, apesar de ter reconhecido uma série de Direitos, ainda não dava força jurídica para a

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**, p. 101.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 50.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 50.

Constituição, a qual era lida apenas como uma carta política, uma carta de recomendação da nação para os governantes.

Havia, ainda, quem defendia, nas ideias fortes de Ferdinand Lassalle, que a Constituição deveria retratar exatamente a realidade, devendo ser uma Constituição Real, apontando os fatores reais de poder.

Porém, com o passar do tempo, esta veio a ganhar força normativa, sendo que, apesar de atualmente esta característica ser indiscutível, quando defendida pela primeira vez pelo jurista alemão Konrad Hesse⁷⁹, não estava abarcada por tamanha obviedade:

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

A força normativa da Constituição surge após um período de supremacia da legislação. Naquele momento histórico, sob o manto da legalidade, legitimou-se alguns modelos estatais arbitrários, como a Alemanha Nazista de Adolf Hitler.

Tal qual adverte Cadermatori⁸⁰, precisaram ser criados limites para a supremacia da lei, eis que era preciso afirmar que o legislador igualmente não detinha poderes absolutos:

[...] a) em primeiro lugar, é de assinalar-se que o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Por trás dessa vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder. As dificuldades do Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras

⁷⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 7.

⁸⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 1999, p. 26/27.

décadas do século XX ao verificar-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua prática social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado;

b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é ele parte do conflito social. A norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais.

É com a evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional que as Constituições passam a ganhar caráter normativo e, não somente isso, passam a ser reconhecidas em um plano jurídico superior ao resto do ordenamento jurídico, com força vinculante e até mesmo indisponível em alguns pontos.

Estas novas Constituições, por estarem em um patamar jurídico elevado, restam protegidas de eventuais maiorias no cenário político, a fim de que se evite a supressão das minorias existentes⁸¹.

A força normativa da Constituição também é reforçada por Luís Roberto Barroso⁸² com a marcação do mesmo marco histórico, qual seja, a Segunda Guerra Mundial:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ele não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu

⁸¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 28.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 365.

conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Ainda, atribui-se esse avanço do constitucionalismo à criação dos Tribunais Constitucionais, os quais assumem posição de destaque no cenário mundial, uma vez que passam a conformar os atos políticos e, até mesmo, as leis com as premissas constitucionais de cada nação⁸³.

Dita característica restou reconhecida no Brasil apenas recentemente, em especial após a redemocratização do país, posto que a força normativa da constituição e sua respectiva efetividade se caracterizam como fenômenos relativamente recentes, os quais somente se consolidaram de fato após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988⁸⁴.

Foram estas conquistas contra as arbitrariedades estatais – além do reconhecimento de que as Constituições atualmente são um documento jurídico – que formaram um rol de direitos que hoje são conhecidos como Direitos Fundamentais, que visam a proteção do cidadão em face da arbitrariedade de um governante.

E nesta perspectiva, deve-se considerar uma teoria do direito que tenha em seu ponto central a segurança jurídica. Tem-se como a mais adequada neste caso a teoria do garantismo jurídico, a qual tem como principal expoente a obra do professor italiano Luigi Ferrajoli⁸⁵.

2.3. O GARANTISMO JURÍDICO E A SEGURANÇA JURÍDICA

A teoria do Garantismo Jurídico visa à proteção dos cidadãos face ao Estado, vindo, justamente, ao encontro da ideia da Segurança Jurídica. Para tal

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 108.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 108.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

percepção, ter-se-á que, primeiramente, apontar as bases desta teoria e, posteriormente, trazer a ideia basilar da segurança jurídica, a fim de confrontá-la com a tese exposta.

Para a teoria do Garantismo Jurídico, a Constituição limita não somente a formalidade da lei, mas sim o seu conteúdo.

Sob este paradigma, estaria a se delimitar a atividade do legislador, qual seja, a de formular o ordenamento jurídico inferior à Constituição, a partir das normas constitucionais.

Logo, faz-se possível dizer que o *dever ser* seria determinado dentro dos parâmetros, inclusive de conteúdo, expressos na Constituição, abandonando de vez aquela ultrapassada perspectiva de que a Constituição seria, tão somente, uma carta de recomendação ao governante.⁸⁶

De tal forma, ressalta-se que para esta teoria, o constitucionalismo rígido não é uma superação do positivismo jurídico, mas sim um reforço deste, mais abrangente em função das escolhas do poder constituinte, em especial os direitos fundamentais, os quais passam a ordenar toda a produção da legislação ordinária⁸⁷.

Alexandre Morais da Rosa⁸⁸ igualmente reforça a teoria apresentada por Luigi Ferrajoli, apontando como preceito fundamental desta teoria o respeito aos Direitos Fundamentais, vistos como o núcleo do ordenamento jurídico ao lado da dignidade da pessoa humana:

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isso porque diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantear a mera

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 22-23.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 22-23.

⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. A vida como critério dos direitos fundamentais - Ferrajoli e Dussel. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**: contribuições ao debate. Curitiba: Juruá, 2007.

democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente as processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder Estatal).

Nesta passagem traz-se à tona outra diferenciação que é fundamental para a compreensão da teoria garantista: a dessemelhança entre a democracia formal (vontade da maioria) e democracia material (atentando-se aos direitos das minorias, em regra, direitos fundamentais).

Não se vive, portanto, uma ditadura da maioria, havendo determinados debates que a maioria não pode modificar, de maneira que restam petrificados os Direitos Fundamentais, como faz a nossa Constituição em seu art. 60, §4º, inciso IV, tornando-os verdadeiros trunfos das minorias face eventuais abusos das majorias.

Neste paradigma, Ferrajoli⁸⁹ apresenta uma necessária aproximação entre a democracia e o positivismo jurídico:

Sob este aspecto, podemos falar de um nexos entre democracia e positivismo jurídico que se complementa com a democracia constitucional. Este nexos entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto, devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos. O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale à positivação do “ser” legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão formal da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale à positivação do “dever ser” constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional. Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o “quem” e o “como” da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 23-24.

vinculado o “quê” das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais. O clássico e recorrente contraste entre razão e vontade, entre lei da razão e lei da vontade, entre direito natural e direito positivo, entre Antígona e Creonte, que atravessa toda a filosofia jurídica e política, da Antiguidade ao século XX, e correspondente ao tradicional e igualmente recorrente dilema e contraste entre o governo das leis e o governo dos homens, foi assim resolvido pelas atuais Constituições rígidas através da positivação da lei da razão, mesmo que historicamente determinada e contingente, na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados como limites e vínculos à lei da vontade, que, na democracia, é a lei regida pelo princípio da maioria.

A partir desta perspectiva trazida *supra*, não se admite mais caprichos das majorias, eis que as pretensões desta devem respeitar os limites impostos pela Constituição.

Ou seja, apenas garantindo-se uma democracia que de fato tolere os direitos das minorias é que será promovida a democracia material, uma vez que os cidadãos não vivem em condições iguais, assim, devem ter respeitadas as suas desigualdades.

Referido entendimento restou adotado pela Constituição Brasileira de 1988, o que é facilmente perceptível da leitura do parágrafo único do artigo 1º (*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*).

Assim, Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon⁹⁰ trazem duas classes de garantias constitucionais, uma referente ao legislador e outra que coaduna com a existência de um Tribunal Constitucional:

Ferrajoli enfatiza o aspecto garantista do ordenamento jurídico no Estado de Direito, isto é, aborda-o como um *sistema de garantias* voltadas ao asseguramento e implementação dos direitos fundamentais. Assim, define como *garantias constitucionais* as garantias das normas constitucionais substanciais estabelecidas, implícita ou explicitamente, por normas constitucionais de competência. Estas garantias constitucionais por sua vez dividem-se em duas classes: as *garantias constitucionais primárias* consistente em garantias primárias de competência do legislador, isto é,

⁹⁰ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 210.

na obrigação (implícita) de agir e na proibição (explícita) de alterar a Constituição, a não ser através de emendas; e *garantias constitucionais secundárias*, consistentes na obrigação, em princípio de um magistrado constitucional, de anular ou reparar lacunas e antinomias produzidas pelas violações das garantias constitucionais primárias.

Justamente por estas duas modalidades de garantias constitucionais pressupõe-se que, na atualidade, o guardião da Constituição seja o Poder Judiciário, como o é no ordenamento jurídico.

Assim, é possível afirmar que o juiz, quando do julgamento, deve substituir a sua moral pela moral constitucional, conformando, deste modo, todas as decisões com os preceitos elencados constitucionalmente.

Outro aspecto importante para se ressaltar na teoria do garantismo jurídico são os três significados – absolutamente diferentes – levantados pelo professor Luigi Ferrajoli⁹¹ ao constitucionalismo garantista:

Como *modelo de direito*, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional; de vínculos impostos, essencialmente, para a garantia dos direitos sociais, cujos os descumprimentos por omissão resultam em *lacunas* que exigem o preenchimento mediante a intervenção legislativa.

Sob esta perspectiva, o ordenamento jurídico é pautado pelas regras constitucionais, do modo que ocorre atualmente no Brasil. Desta maneira, é do Judiciário a obrigação de anular as leis que forem incompatíveis com a Constituição e, ainda, suprir a omissão do Poder Legislativo quando este deveria ter atuado e não o fez, a fim de permitir uma completa efetividade do texto constitucional.

Como *teoria do direito*, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 24.

o *ser* (legislativo) do direito. Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre *validade* e *vigência*, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção. O tema mais relevante da teoria se torna, portanto, o direito constitucionalmente *ilegítimo*: de um lado, como já referi, as antinomias provocadas pela indevida produção de normas inválidas em contraste com a Constituição e, em especial, com os direitos de liberdade constitucionalmente estabelecidos; de outro, as lacunas decorrentes da omissão na produção, igualmente indevida, de leis de regulamentação das normas constitucionais e, em especial, (das garantias) dos direitos sociais.⁹²

A análise da teoria do garantismo jurídico, por esta visão, assume a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, colocando em confronto o constituinte e o legislador.

Deste modo, a partir desta percepção, é possível afirmar que uma norma pode ter todos os pressupostos formais para a sua validade, mas se não tiver, também, conformidade de conteúdo, ou substancial, com a Constituição, será uma norma inválida e, portanto, não aplicável.

Por fim, como *filosofia* e como *teoria política*, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal*, ancorada empiricamente no paradigma de direito ora ilustrado. Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultados das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais.⁹³

⁹² FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 24.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 25.

E, por fim, a última perspectiva do constitucionalismo garantista é de asseverar que o Estado deve ser a formulação de uma democracia substancial, a qual deve preservar os direitos historicamente conquistados, sejam eles de liberdade, civil, político ou mesmo sociais.

Portanto, nesta concepção de democracia nem sempre cabe à maioria a decisão, devendo o povo, sobretudo, ater-se aos limites impostos constitucionalmente.

Assim, na leitura garantista do direito se defende a supremacia da Constituição como norma fundamental, a qual, inclusive, limita, conforma e, em certas vezes, determina as ações do Estado.

Cabe ao intérprete do direito, pois, a verificação da moral constitucional a cada decisão, a cada atuação, preservando-se as escolhas constitucionais de cada povo.

De tal modo, restou minimamente exposta a ideia central da teoria do Garantismo Jurídico.

Contudo, este trabalho pretende defender a segurança jurídica como forma de garantia para os cidadãos, de modo que levanta-se o que se entende por segurança jurídica na teoria do Garantismo Jurídico.

Para a compreensão da segurança jurídica, faz-se necessário entender-se, primeiramente, o sistema sob o qual o ordenamento brasileiro está pautado.

Trata-se, por evidente, do *civil law*, de origem romano-germânica, uma vez que este nos apontará a fonte primária do Direito, como aduzem Lenio Luiz Streck e Georges Abboud⁹⁴.

No sistema jurídico brasileiro atual, percebe-se que a principal fonte do direito é a lei, aqui entendida a norma escrita, seja ela de força constitucional ou infranconstitucional, desde que esteja de acordo com os preceitos constitucionais.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33-34.

Assim, tem-se como fundamento da segurança jurídica o princípio da legalidade, o qual está expressamente representado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, e resta exposto por Mendes e Vale⁹⁵

O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII. Pelo menos nesse aspecto, não há como negar também a similitude do modelo com as concepções formadas na paralela história constitucional do princípio inglês do *Rule of Law*. O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo do poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (*rule of law, not of men*).

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre *legalidade* e *liberdade*. A lei é o instrumento que garante a liberdade.

Por óbvio que esta concepção de lei não se iguala àquela da época do surgimento do Estado Liberal, uma vez que, atualmente, a ideia da supremacia legal é substituída pela supremacia constitucional.

Deixa-se, portanto, de guardar o princípio da legalidade para, paulatinamente, caracterizá-lo como o princípio da constitucionalidade, o que leva a crer que toda atividade – estatal ou privada – está subordinada à força normativa da Constituição.

Para a compreensão da Segurança Jurídica como uma forma de garantia da aplicabilidade da teoria do Garantismo Jurídico, deve-se entender que somente por força de alguma norma, aqui entendida em sentido amplo, seja norma constitucional ou legal – sendo que esta última deve estar em concordância com a primeira –, é que alguém possa ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentários ao art. 5º, inciso II da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, p. 243-244.

Neste contexto, diz-se que a defesa da segurança jurídica, no ordenamento jurídico brasileiro, passa pela necessidade de uma norma geral, abstrata e anterior ao caso concreto, não podendo uma norma posterior punir ou causar algum efeito negativo ao cidadão em decorrência de fato praticado anteriormente.

E, ainda, deve-se ir além disso. É a segurança jurídica que permitirá um tratamento igualitário para as partes, como será demonstrado no próximo item deste trabalho.

2.4. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A SEGURANÇA JURÍDICA: A NECESSIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

De modo a compreender segurança jurídica como efetivação do princípio da isonomia, faz-se necessário, primeiramente, a conceituação de isonomia.

Ao buscar socorro em dicionários, isonomia é conceituada como:

Vem do grego, *isos* = igual, e *nomos* = lei, princípio (de autoaplicabilidade) que designa a “igualdade de todos perante a lei” (CF). “Esse princípio, cuja a observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, deve ser considerado em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei” (*Palhares Moreira Reis*).⁹⁶

Por esta primeira conceituação, entende-se que o princípio da isonomia está diretamente atrelado ao Direito Fundamental à Igualdade.

De tal forma, para o seu correto entendimento, traz-se à tona o quanto o Direito à Igualdade é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, tal fato pode ser facilmente perceptível de uma rápida leitura do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual se refere à igualdade por três vezes, uma vez que afirma que Todos são **iguais** perante a lei, **sem distinção de qualquer**

⁹⁶ REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário Jurídico Especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 237.

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Para Zulmar Fachin⁹⁷:

A igualdade é um vocábulo de grande riqueza semântica. Tem sido tomada como sinônimo de justiça. Nesse sentido, conforme lição de Chäim Perelman, ela pode significar dar a cada um a mesma coisa; dar a cada um segundo seus méritos; dar a cada um segundo suas obras; dar a cada um segundo sua posição; dar a cada um segundo o que a lei lhe atribui; dar a cada um segundo suas necessidades.

A partir desta concepção, a igualdade estaria atrelada a um conceito de justiça. Porém, este seria diferente conforme o intérprete, de tal maneira que não é o modelo ideal para a compreensão do instituto da segurança jurídica, uma vez que se pretende justamente o contrário (a busca por uma resposta adequada, com um mínimo de parâmetro, independentemente do intérprete).

De tal modo, deve-se ater que o objeto deste trabalho não é a igualdade material – aquela que objetiva que todos os cidadãos possuam as mesmas oportunidades na sociedade – mas sim deve ser entendida a igualdade pela sua perspectiva formal, o que não quer dizer que se despreza a sua outra faceta.

[...] o preceito constitucional da igualdade é o parâmetro para a aplicação da lei infraconstitucional, que não poderá fazer “distinção de qualquer natureza”. A expressão significa que os órgãos públicos não poderão fazer distinção quando da aplicação da lei ordinária e sugere que a igualdade nesse contexto é, conforme já salientado, igualdade em sentido formal, pois implica proibição de distinção, vale dizer, de diferenciação formal, *pelo aplicador* do direito (Administração e Judiciário) que não tenha correlato no texto da lei.⁹⁸

Nesta compreensão da igualdade formal, este Direito Fundamental tem extrema ligação com o princípio da legalidade, o qual já restou discutido neste

⁹⁷ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 270.

⁹⁸ MARTINS, Leonardo. Comentários ao Direito Fundamental à Igualdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 222/223.

trabalho, uma vez que este exige a necessidade de uma lei para a possibilidade de criação de uma obrigação jurídica geral e abstrata.

Como dito acima, por óbvio que a Constituição consagra, igualmente, a igualdade material. Contudo, esta não vem a ser objeto de estudo deste trabalho, uma vez que este tem como pretensão, tão somente, demonstrar a importância da segurança jurídica para a garantia de uma maior pacificação social.

Assim, a segurança jurídica está intrinsecamente ligada à possibilidade de previsão de uma decisão judicial. Ou seja: o que não se pode mais admitir é que de casos semelhantes – ou até mesmo idênticos – saiam decisões tão divergentes, já que isso fere de morte o princípio da isonomia.

Nesta perspectiva, o que se pode afirmar é que na atualidade, em especial por intermédio do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário vem sendo protagonista das discussões do país.

Dita atuação se deve a um fenômeno intitulado judicialização da política, o qual é decorrente da extensa Constituição que adotamos. Todavia, o problema vem de outro fenômeno que teve crescimento no mesmo período: o ativismo judicial, eis que tem permitido inúmeras divergências entre julgados.

Faz-se pertinente, portanto, um breve estudo sobre esses dois conceitos.⁹⁹

No entendimento de Clarissa Tassinari¹⁰⁰, a judicialização da política é um efeito que está intrinsecamente relacionado ao constitucionalismo democrático:

A resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está a tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário. Por certo, a própria noção de constitucionalismo, nas suas mais variadas acepções, seja como conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organizam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais dos cidadãos; como tipo ideal para refletir sobre a

⁹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 27.

¹⁰⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário, p. 28.

realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos de experiência política (mormente aqueles ligados à consagração de instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político); termo, demonstra, assim, o modo como se dá a articulação entre o Direito e a Política. Mais especificamente, o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.

Assim, a judicialização das questões políticas, na visão desta autora, pode ser compreendida como uma forma de conformar a ação política ao direito, a fim de se evitar os abusos políticos de outrora.

É importante frisar que tal conceito se confunde com a própria história do constitucionalismo, o qual sempre teve a intenção de limitar os poderes instituídos.

No entanto, em que pese o reconhecimento desta característica, responsável por acompanhar o constitucionalismo desde o seu surgimento, merece ressaltar a importância de se ter cuidado ao tratar sobre tal tema, uma vez que não se pode pensar que se faz possível um decisionismo.

Aponta-se, como é sabido, algumas possíveis causas para que tal fenômeno tenha ocorrido. Dentre estas está o reconhecimento de um judiciário forte e independente, sendo elemento fundamental para as democracias atuais, o que teve como consequência uma ascensão institucional de juízes e tribunais, em especial no Brasil.

Ademais, há quem elenque a desilusão com o corpo político, em razão de uma reconhecida crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentares; e, por fim, se levanta um interesse deste próprio corpo político, o qual se escusa de discutir temas polêmicos, em que não há um mínimo de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, interrupção de gestação e outros.¹⁰¹

Dito aumento da judicialização da política passa, também, por fatores externos ao Poder Judiciário, não advindo da sua mera “boa vontade”, mas sim de reconhecimentos feitos em Declarações de Direitos e, em especial, da ineficácia e

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 367.

da vontade dos outros Poderes constituídos, os quais, omissos, dão brecha para uma maior atuação deste.

É inegável que os Tribunais ganharam destaque no cenário político, em especial no Brasil. Não necessariamente tal fato é prejudicial, ainda mais se tais fundamentos forem resolvidos do modo correto, dentro de limites estabelecidos (seja pela lei, seja pela Constituição) e com respeito à moral constitucional.

Cabe, no entanto, a discussão sobre os limites dessas decisões judiciais. Pode o julgador decidir como bem entender?

Aqui entra a discussão do ativismo judicial. Para tanto, faz-se necessário aclarar este conceito, o qual sequer possui um consenso entre os mais renomados doutrinadores, conforme exposição de Tassinari¹⁰².

Como já mencionado, a doutrina brasileira concebeu as transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de “uma ampliação do papel político-institucional do STF”. Com isso, agregada à questão da existência de uma judicialização da política, houve o reconhecimento de uma vinculação entre Direito e Política. Esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a programação de um ativismo judicial. Ocorre que este foi um tema que passou a ser enfrentado sob diversas perspectivas, o que gerou certa fragmentariedade na compreensão do que seja o ativismo.

Há, inclusive, discussão sobre o surgimento do ativismo judicial, havendo divergências entre autores. Para Lenio Luiz Streck¹⁰³, o ativismo judicial se iniciou, ainda que às avessas, nos Estados Unidos.

Barroso¹⁰⁴, ao seu turno, aponta que o termo se inicia por intermédio de uma “revolução” de magistrados na garantia de direitos fundamentais, a qual aponta como uma atitude extremamente progressista.

Assim, o entendimento sobre o que, efetivamente, seja o ativismo judicial

¹⁰² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário, p. 33.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 370.

claramente se diferencia.

De qualquer modo, deve-se atentar para o fato de que no Brasil não se afigura cabível a discussão sobre a possibilidade do Poder Judiciário exercer controle de constitucionalidade sobre os demais poderes, uma vez que tal fato já se encontra consolidado pela doutrina e pela jurisprudência – o que não significa que o órgão julgador está livre para decidir longe dos parâmetros constitucionais:

Isso porque, à distinção da polêmica gerada em solo norte-americano sobre a possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis e de atos administrativos, no Brasil, não há como questionar o papel face o processo constituinte de 1988, que justamente estabeleceu papel estratégico aos juízos e aos tribunais, ao prever textualmente a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade. Ou seja, o controle de constitucionalidade brasileiro justamente deriva do pacto democrático firmado pela Constituição de 1988. Em face disso, só importa discutir o controle de constitucionalidade se debatido em que termos ele ocorre. Neste sentido, pode-se dizer que alcança sua legitimidade se concretiza a Constituição, atribuindo às demandas respostas constitucionalmente adequadas; em contrapartida, um controle que se faz a partir da vontade ou da consciência do intérprete não representa uma concretização do texto constitucional, mas, sim, o seu desvirtuamento.¹⁰⁵

Para facilitar a compreensão sobre o ativismo judicial, Lenio Luiz Streck levanta um caso paradigmático, no qual apresenta uma discussão em que o Supremo Tribunal Federal teria ultrapassado os limites postos na Constituição:

Um exemplo que bem retrata com essa discussão não tem sido feita satisfatoriamente no Brasil pode ser retirado da Reclamação 4.335/AC (de consignar que a medida perdeu seu objeto com a edição da Lei n. 11.464/2007; todavia, o debate que sustentava a reclamação sempre volta à baila no campo jurídico brasileiro, e sua validade ilustrativa permanece inalterada). Com efeito, essa medida foi interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre no intuito de fazer valer entendimento do STF exarado em controle difuso de constitucionalidade (no caso, o problema de progressão de regime nos crimes hediondos). Como se sabe, a medida da reclamação é restrita para fazer cumprir decisões da corte que estejam revestidas de eficácia *erga omnes*, e de efeitos vinculantes, como ocorre no âmbito do controle concentrado. Nos casos de pronunciamento da corte em controle difuso, a Constituição, por força do artigo 52, X, condiciona a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF à intervenção do Senado. Ocorre que

¹⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário, p. 34.

parte dos Ministros entendeu que – em virtude de uma tendência à “concentração” do controle de constitucionalidade, visualizada nas mudanças operadas no texto da Constituição e nas várias leis infraconstitucionais – estaria ocorrendo uma *mutação constitucional* e que, por isso, no lugar em que a Constituição fala que ao Senado cabe *suspender a execução da lei*, deveria ser lido *dar publicidade à lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF*.¹⁰⁶

Evidentemente, tal interpretação para além do texto constitucional, causa insegurança na sociedade, eis que o ativismo judicial tem trazido diferentes decisões para casos semelhantes, deixando a sociedade desamparada de segurança jurídica. Assim, não se sabe como o juiz pensará e como irá decidir, causando um déficit democrático.

Nesta perspectiva, levanta-se a necessária compreensão entre mutação constitucional (esta legitimamente permitida ao Poder Judiciário) e a alteração formal da Constituição (reservada ao Congresso Nacional).

A alteração formal se dá por via das maiorias parlamentares (processo de emenda), que removem conteúdos constitucionais, enquanto que a mutação realiza nenhuma alteração no texto da Carta Magna, atingindo tão somente a norma concretizada. Logo, se há diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, ao passo que a mutação, a segunda¹⁰⁷.

Nesta linha de pensamento, com pequenas dessemelhanças, pontua Luís Roberto Barroso¹⁰⁸:

[...] a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar a sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 51-52.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 52.

¹⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Assim, a alteração formal é aquela que cabe ao Parlamento e se encontra regulamentada na própria Constituição, devendo obedecer os limites impostos por esta.

A mutação constitucional, por sua vez, consiste na atualização de um conceito, ou seja, uma mudança de entendimento do Tribunal, devendo ser necessariamente ressaltado que esta mudança de entendimento não pode alterar o texto da norma.

E por este meio, entende-se o problema do ativismo judicial. Via de regra, tal fenômeno está associado a uma interpretação que ultrapassa os limites semânticos do texto constitucional, causando, desta forma, um rompimento constitucional.

[...] quando estamos diante de uma postura ativista, temos a decisão que vai além do próprio texto da Constituição acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é de alterada pela prática das maiorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.¹⁰⁹

Para se permitir um rompimento, ainda que em uma norma que não possua grande modificação prática, esta abre espaço para modificações futuras, inclusive no que tange aos Direitos Fundamentais, colocando em risco, desta forma, a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Cabe ao Judiciário, desta maneira, manter vivo o compromisso constitucional assumido por toda a sociedade brasileira, não podendo aquele Poder exacerbar o que lhe incumbe.

Nesta temática, Tassinari¹¹⁰ é expressa:

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 53.

¹¹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário, p. 36-37.

sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Portanto, é seguindo os posicionamentos dos autores acima referidos a respeito do tema que podem ser apresentados *apontamentos finais* sobre a forma de compreender a diferença entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil, base para a construção dos próximos capítulos: primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; e quarto, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

O Judiciário tem como missão constitucional a pacificação social e, para tanto, deve limitar suas decisões aos preceitos constitucionais, sem que ocorra uma interpretação para além do texto.

Referida *modus operandi* de decidir vem a garantir a segurança jurídica, sendo esta, inclusive, forma de promoção do princípio da isonomia.

De modo a efetuar conexão com o âmbito prático, será analisada no próximo capítulo uma série de instrumentos para a conformação das decisões judiciais, buscando a efetivação da segurança jurídica.

CAPÍTULO 03

A SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE ACERCA DOS PRINCIPAIS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PARA A SUA CONSECUÇÃO

3.1. BREVE ANÁLISE ANTERIOR: JURISPRUDÊNCIA COMO “FONTE DO DIREITO”?

Antes que se proceda à análise a respeito dos métodos juridicamente suficientes para tornar real a tão almejada segurança jurídica, merece ser trazida à tona a discussão atinente à caracterização da jurisprudência dentro do âmbito jurídico.

Pontua-se que fontes do direito podem ser entendidas como as origens dos preceitos jurídicos ou os modos de formação e revelação das regras jurídicas.

De plano, necessariamente Kelsen¹¹¹ deve ser lembrado, muito embora recomende expressamente a não utilização da terminologia “fontes do direito”:

Só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positiva do escalão superior que regula sua produção. Nesse sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas pela via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou dos direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito. [...]

Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aqueles não o são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes. Nesse caso, porém, elas assumem o

¹¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 259.

caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivocidade ou pluralidade de significações do termo fonte do Direito fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista.

Em que pese a discordância quanto ao termo “fontes”, passa-se a discutir a questão específica da jurisprudência como base para nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, o conceito de jurisprudência há de ser esmiuçado, o que faz de maneira quase poética Buzaid¹¹², porquanto aduz que pode ser compreendida “como o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto”.

Referido entendimento era um dos adotados em Roma, a qual igualmente empregava o termo jurisprudência para designar a autoridade das coisas que devem ser julgadas sempre do mesmo modo¹¹³.

Frisa-se, neste ponto, que o primeiro significado restou adotado pelos países da *common law*, ao passo que aqueles integrantes do sistema romano-germânico incorporaram a segunda conceituação.

Partindo para uma percepção mais racional e histórica, aduz-se que a jurisprudência não poderia ser mencionada antes de Roma, uma vez que na Grécia, onde as ideias políticas e filosóficas realmente nasceram, a jurisprudência se confundia tão somente com a ética e com investigações a respeito da República perfeita¹¹⁴.

Para Rubens Limongi França¹¹⁵, o termo jurisprudência comporta cinco acepções:

¹¹² BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 12, n. 34, 1985, p. 189.

¹¹³ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 149.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed, rev. atual. e ampl. de acordo com a EC 45/2004 e Lei n. 11.417/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28.

¹¹⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Vol. XXX, p. 273-274.

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados [...]. O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de “juris + prudentia”, consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados pareceres, quer emanados de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Pois bem, elaborado este introito quanto à conceituação de jurisprudência, menciona-se que, especificamente no que tange à caracterização da jurisprudência, Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁶ aponta sua visão no sentido de não ser aquela uma integrante do rol de fontes de direito, sob a alegação de que também não é o juiz legislador e a jurisdição não é atividade criativa de direitos.

Dita lógica pauta especialmente sob o argumento de que a afirmação da jurisprudência como uma fonte do direito seria um desvio de perspectiva e de conceitos, porquanto aquela apenas deteria tal qualidade se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação a casos futuros, o que não evidentemente não ocorre.

Reale¹¹⁷, por sua vez, afirma que a jurisprudência deve, sim, ser entendida como verdadeira fonte do direito:

Pela palavra jurisprudência devemos entender a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. [...] Criando ou não direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das formas determinantes da experiência jurídica, tendo razão Tullio

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

¹¹⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

Ascarelli quando afirma que, se os precedentes jurisprudenciais não exercem, nos países de tradição romanística, o papel por eles desempenhado na experiência da *common law*, nem por isso é secundária a sua importância. Pode mesmo dizer-se que o seu alcance aumenta dia a dia, como decorrência da pleora legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (standards) às peculiaridades das relações sociais [...]. Se uma regra é, no fundo, sua interpretação isto é aquilo que diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto [...]. Numa compreensão correta da experiência jurídica, como é a teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias.

Independentemente, pois, da posição teórica a respeito de ser ou não a jurisprudência uma das fontes do direito, o fato é que aquela assume grande relevância no dia-a-dia prático de todos aqueles que se envolvem com o ramo jurídico.

Contudo, esta vem diuturnamente transformando-se, na verdade, em causadora de arrepios nos operadores do Direito e nos jurisdicionados, posto que se consubstancia em diversas oportunidades em um rol de decisões dispersas e muitas vezes conflitantes com outras advindas inclusive do mesmo órgão do Judiciário.

Aludida percepção advém, em especial, de uma lamentável sensação por parte de alguns integrantes do Poder Judiciário de que estão vinculados tão somente ao seu próprio entendimento (ou a sua “consciência”) a respeito do que prevê a lei, de modo que não há uma mínima tentativa de respeito ao que decidem os Tribunais Superiores.

Cabe aqui, contudo, uma ressalva: não pretende – de modo algum – este trabalho efetuar uma crítica aos magistrados, eis que a gigantesca maioria dos togados efetuam com ímpar perspicácia seu ofício, como é por todos sabido.

Objetiva-se, sim, trazer à tona uma relevante discussão dentro do contexto jurídico brasileiro, o qual não mais pode suportar tamanha insegurança no âmbito das decisões exaradas em todas as esferas do Poder judicante.

Assim sendo, o presente estudo inicia a dissecação dos mecanismos suficientemente hábeis a sustentar o ideal de segurança jurídica, conforme adiante se observa.

3.2. INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.2.1. Controle de constitucionalidade

Para que se compreenda a relevância do controle de constitucionalidade no que concerne à segurança jurídica, merece ressaltar algumas questões prévias.

A primeira delas, sem dúvida, é a de que o controle de constitucionalidade se consubstancia em mecanismo umbilicalmente conectado à hierarquia das normas jurídicas e, especialmente, à defesa da supremacia constitucional.

Nascido perante direito comparado no renomado caso estadunidense de *Marbury vs Madison*, em que pela primeira vez uma Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade (negando aplicação a leis que fossem inconstitucionais)¹¹⁸, este instituto ganha destaque nos países em que a Constituição se caracteriza como rígida, tal como no caso da Carta Cidadã brasileira de 1988.

No que tange ao conceito de controle de constitucionalidade, entende-se que se trata da verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição, envolvendo a análise tanto de requisitos formais (subjetivos, como a competência do órgão; e objetivos, tal qual o rito) quanto dos substanciais (respeito aos ditames constitucionais)¹¹⁹.

O interesse do controle de constitucionalidade para fins de uniformização jurisprudencial – meio para se garantir a segurança jurídica – se encontra no fato de

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 27.

¹¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

que a constitucionalidade das leis e atos deve ser aferida numa perspectiva vertical, ou seja, a partir de um parâmetro normativo hierarquicamente prevalecente (o que só pode conduzir a uma resposta definitiva: constitucionalidade ou inconstitucionalidade)¹²⁰.

Neste sentido, aponta Mancuso¹²¹ que através do sistema geral de controle de constitucionalidade se atingem, a um tempo, dois objetivos: o precípua, que é o da preservação da autoridade, da inteireza e uniformidade exegética dos textos constitucionais; e outro, reflexo, cujo teor é o de propiciar a desejável uniformização jurisprudencial.

Há, consoante exhaustivamente se menciona, duas espécies de controle de constitucionalidade: concentrado e difuso.

No entender de Cappelletti¹²², o primeiro deles se consubstancia naquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um determinado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente quando da decisão de causas de sua competência; ao passo que o segundo se caracteriza como o a hipótese em que o poder se concentra em um único órgão judiciário

Adotou-se, com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema “misto” de controle de constitucionalidade, não obstante até então houvesse forte predisposição no sistema constitucional brasileiro pelo controle em sua espécie difusa.

Quanto ao histórico das Constituições pátrias no que atine ao modelo usualmente adotado para o respectivo controle, Gilmar Mendes¹²³ traz à tona importantíssima questão a respeito do fenômeno denominado como “função corretiva do modelo incidente ou difuso”:

Pode-se afirmar, pois, que o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a Emenda nº 16, de 1965, e de

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 399.

¹²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 402.

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 67.

¹²³ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

1967/69, uma função supletiva e uma função corretiva do “modelo incidental ou difuso”. Ele possibilitava a aferição de constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma função corretiva, na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria.

Feitas tais considerações, frisa-se que ambos possuem direta conexão com a temática da segurança jurídica, uma vez que – conforme sustentado neste trabalho – a uniformização da jurisprudência é medida que se impõe, especialmente quando se analisa o absoluto descompasso entre as decisões emanadas do Poder Judiciário brasileiro.

Logo, passa-se a esmiuçar as espécies de controle de constitucionalidade, para que não parem quaisquer dúvidas a respeito.

3.2.1.1. Controle concentrado

Especificamente quanto ao controle concentrado de constitucionalidade menciona-se que seu exercício se dá pelo Supremo Tribunal Federal nas seguintes espécies: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”, CF; e Lei nº 9.868/1999); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”, CF); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF; e Lei nº 9.882/1999).

Deve ser pontuada, nesta linha, a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a égide de regimes constitucionais anteriores ao que atualmente está a se viver, eis que desde a Constituição de 1946 diversas conquistas advieram daquele Tribunal no tocante ao desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade, tais como: identificação da natureza objetiva desse processo, caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso

processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nesta seara¹²⁴.

Cadore¹²⁵ pontua que a tese da nulidade da lei constitucional – assim como, por lógica decorrência, a aplicação a todos da decisão de inconstitucionalidade – passou a partir daquele momento a ser algo efetivo no Brasil, pautando-se em lição baseada na doutrina estadunidense de que *the unconstitutional statute is not law at all*, mas que até então não encontrava norma positivada em terras brasileiras.

É de se destacar que a eficácia *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade restou questionada dentro do próprio pretório excelso, conforme voto emanado pelo então Ministro Leitão de Abreu nos distantes idos de 1977, no qual há menção a Kelsen:

Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua *General Theory Of Law and State* inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. [...] Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: “a decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo que possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado nulo. Onde não se tratar de decisão declaratória, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação”. Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade.¹²⁶

Aliás, Mendes¹²⁷ relembra que antes da entrada em vigor da Lei nº 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal talvez fosse o único órgão constitucional a não fazer uso expressamente da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Realizadas estas ressalvas, traz-se à baila o efeito mais relevante do

¹²⁴ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**, p. 78.

¹²⁵ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 79.343**. Relator: Min. Leitão de Abreu, j. em 02/02/1977, DJ 31/08/1977.

¹²⁷ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**, p. 303.

ponto de vista da uniformização jurisprudencial – e, portanto, da segurança jurídica – das decisões proferidas em sede de controle concentrado: o efeito vinculante¹²⁸.

Sua existência dentro do ordenamento jurídico brasileiro ocorreu a partir da Emenda Constitucional nº 3/1993, numa ode ao pleito de que houvesse uma verdadeira segurança jurídica no país.

Tal inclusão no texto constitucional possui o evidente objetivo de evitar decisões conflitantes dentro do Judiciário brasileiro, uma vez que pronunciamentos diferentes, para casos idênticos ou extremamente semelhantes, em um lapso temporal exíguo, são um desastre em termos de política judiciária¹²⁹.

No caso das ações diretas, muito embora haja coisa julgada tão somente entre as partes que nela litigam, os efeitos se espalham para todos aqueles que eventualmente venham a se insurgir no Judiciário, eis que se trata de famigerada eficácia *erga omnes*.

Há, ademais, o chamado “efeito preventivo-geral”, o qual se caracteriza pela dissuasão de ajuizamento de novas ações ou interposição de recursos cuja pretensão se funde em lei ou ato normativo já reconhecido como infringentes do texto constitucional¹³⁰.

Neste ponto, vem à tona a menção de Mancuso¹³¹ de que inclusive as execuções e cumprimentos de sentença podem ser trancados de plano quando o título judicial tenha sido fundado em lei ou ato normativo inconstitucional ou esteja fundado em aplicação ou interpretação inconstitucionais, desde que assim tenha sido declarado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme art. 475-L, §1º, do Código de Processo Civil.

Deve ser destacado, quanto ao efeito vinculante das decisões em ação

¹²⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 115.

¹²⁹ FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante: solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*), *in*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; et al. (coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 802.

¹³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 410.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 410.

direta perante o Supremo Tribunal Federal, o Decreto Federal 2.346/1997, cujo texto caminha no sentido de que a União – seja na instância administrativa ou judicial – deve respeitar os efeitos decorrentes das decisões emanadas pela Suprema Corte.

Seu conteúdo faz jus à transcrição a seguir realizada, dado o seu avanço sob o ponto de vista da segurança jurídica:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

[...]

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Efetuada as ponderações a respeito do controle concentrado e sua direta conexão com a segurança jurídica, passa-se à feitura de considerações atinentes ao controle difuso.

3.2.1.2. Controle difuso no âmbito dos tribunais

Consoante dispõe a Carta da Primavera de 1988, mais precisamente em seu art. 97, apenas pela maioria de votos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, um Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Em se tratando do sistema infraconstitucional, cabe pontuar que sua previsão pode ser encontrada nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Pontua-se, nesta linha, que o Regimento do Supremo Tribunal Federal também traz previsões a respeito da temática, uma vez que os respectivos arts. 101 e 176 a 178 do RISTF disciplinam o incidente de inconstitucionalidade no Pretório Excelso.

Muito embora se trate de mecanismo constitucional, sua relevância é ampliada por intermédio da Lei nº 9.756/1998, a qual tratou de acrescentar um parágrafo único ao art. 481, do Código de Processo Civil, com o escopo de determinar que, havendo pronunciamento de inconstitucionalidade de órgão especial ou mesmo do pleno de Tribunal (inclusive o Supremo), afigura-se como desnecessário submeter novamente a questão ao mencionado órgão.

Está aí, pois, um avanço no que tange à segurança jurídica: torna-se evidente a existência de efeito vinculante nas decisões proferidas em sede de controle difuso perante Tribunais, uma vez que não mais terá de ser rediscutida a mesma matéria por via do pleno ou de órgão especial.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal vem entendendo ser dispensável, em qualquer tribunal, a submissão da questão ao respectivo plenário ou órgão especial, inclusive nos casos em que o pronunciamento da Corte Suprema tenha sido emitido de maneira incidental¹³².

Interessante questão levanta Cadore¹³³, eis que relembra o fato de haver

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 43-44.

¹³³ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 135.

previsão no art. 211 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul exatamente neste sentido, pois na mencionada Corte – fazendo jus à fama de progressista – dispôs quanto ao fato de a decisão declaratória ou denegatória de inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, dever ser de aplicação obrigatória.

Nem tudo, entretanto, são flores quando se trata de controle difuso de constitucionalidade e segurança jurídica, conforme apontam Facury e Maués¹³⁴:

A ampliação da proteção dos direitos fundamentais contra a lei acarreta problemas para a igualdade e a segurança jurídicas, pois o reconhecimento da competência difusa para declaração de inconstitucionalidade pode fazer com que um mesmo texto normativo seja reputado válido por alguns tribunais e nulo por outros. Como é sabido, no sistema americano o instituto do *stare decisis* impõe limite a essa variação, enquanto a sua ausência nos países de direito romanista sempre foi considerada um risco para o bom funcionamento do controle difuso. Com o incremento da produção legislativa e a ampliação do acesso à justiça, que acompanharam a consolidação do Estado Social, a probabilidade de decisões judiciais divergentes foi exponenciada, tornando necessária a criação de mecanismos que possibilitassem a harmonização da jurisprudência constitucional.

Outra relevante questão na seara do controle difuso e sua correlação com a segurança jurídica é, sem dúvida, a discussão acerca dos motivos que levam a inexistir efeito *erga omnes* nos controles difusos efetivados pelo Supremo Tribunal Federal em sede, por exemplo, de Recurso Extraordinário.

Havendo tal efeito, não seria necessário que os demais Tribunais apenas replicassem – como se meros repetidores fossem – o que já decidiu a Suprema Corte.

Aliás, os órgãos fracionários não declararão a inconstitucionalidade da lei, uma vez que esta declaração já restou proferida pelo Supremo. O que farão, na verdade, será tão somente repetir o decidido na Corte máxima do país.

Contudo, por óbvio que nenhum sistema jurídico se configura

¹³⁴ FACURY, Fernando Scaff; MAUÉS, Antonio Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

absolutamente perfeito – eis que moldado por humanos, responsáveis por deter a falha como uma de suas mais marcantes características –, de modo que não se deve descartar como método de efetivação da segurança jurídica o controle difuso tão somente por existir, de fato, as problemáticas acima narradas.

3.2.2. Súmula vinculante

Interessante notar que a necessidade de uniformização jurisprudencial não se trata de um fenômeno atual, uma vez que seu primeiro sinal no Brasil se deu com a revisão constitucional de 1925, na qual passou o Supremo Tribunal Federal a ter função uniformizadora em matéria de direito constitucional e federal, reparando-se o anterior equívoco da Constituição Republicana de 1891¹³⁵.

Especificamente quanto à súmula vinculante, explica-se que a expressão *súmula* advém da terminologia latina *summula*, cujo significado caminha no sentido de resumo¹³⁶.

A introdução da súmula no ordenamento jurídico brasileiro, em lógica semelhante a que entendemos hoje, se deu por intermédio das mãos do Ministro Victor Nunes Leal, autor da proposta que incluiu no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1963, o mencionado instituto, o qual posteriormente viria a ser acolhido pelo *codex* processualista de 1973¹³⁷.

Há, como é sabido, duas hipóteses para a edição de súmulas não vinculantes – com mero efeito persuasivo, portanto – no ordenamento jurídico brasileiro: aquela decorrente de procedimento de uniformização de jurisprudência; e a advinda de entendimento pacificado de tribunal a respeito de determinada matéria.

No entanto, a espécie de súmula que mais merece atenção e estudo, sem dúvida alguma, é a súmula vinculante, introduzida no ordenamento constitucional

¹³⁵ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, p. 234.

¹³⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2012, p. 742.

¹³⁷ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, p. 238.

brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela reorganização do Poder Judiciário.

Conceituando o tema, Lenio Luiz Streck¹³⁸ afirma a existência nítida de diferenças entre súmula – a qual adiante se conceituará – e os institutos do caso julgado e do precedente. No que toca ao primeiro, pontua que se trata tão somente de resolução de uma demanda considerada em si mesmo, não possuindo força hábil a influenciar decisões futuras, uma vez que não produz um novo paradigma (mas sim reproduz os já existentes no sistema).

Precedentes, por sua vez, naquele entendimento, caracterizam-se como a instituição de um novo paradigma (um *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras futuras decisões, cuja aplicação em casos similares ocorrerá não a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica.

No que tange ao conceito de súmula, há de se perceber que pode ser entendido como o conjunto de teses jurídicas reveladoras de uma jurisprudência reiterada e predominante em determinado tribunal, a ser traduzida em verbetes sintéticos editados e numerados, cujo escopo é a fixação de teses jurídicas abstratas a serem seguidas pelos membros do tribunal¹³⁹.

Especificamente quanto à súmula vinculante, aduz-se que restou introduzida no ordenamento constitucional brasileiro por via da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual incluiu o art. 103-A na carta primaveril de 1988 (disciplinado no âmbito infraconstitucional por intermédio da Lei nº 11.417/2006):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 103-A. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1426-1427.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Assim sendo, com o advento da súmula vinculante no contexto constitucional pátrio, houve severa mudança na maneira em que se analisa a jurisprudência brasileira.

Isso porque, como é sabido, anteriormente a jurisprudência – ainda que sumulada, mas sem caráter vinculante – se resumia a um meio suplementar de integração do direito, uma vez que se tornava impositiva apenas sob dois enfoques: para o próprio Tribunal (que prestigiaria sua própria súmula) e para o próprio caso concreto¹⁴⁰.

Logo, com o surgimento do caráter vinculante a ser atribuído às súmulas, trouxe-se a ideia de que o magistrado de instâncias inferiores deve, salvo raríssimas e justificadas exceções, respeito ao disposto pelo Supremo Tribunal Federal em seus entendimentos sumulados.

Aliás, pontua-se que a possibilidade de proferir decisões em sentido diverso do fixado pelas súmulas vinculantes, com base em questões de direito – e não de fato –, é o mesmo que esvaziar a finalidade da previsão de efeito vinculativo, já que estas existem justamente para dar fim às dúvidas quanto à interpretação de uma norma¹⁴¹.

Muito embora haja entendimento diverso, é cediço que a súmula vinculante não se caracteriza, de modo algum, em engessamento do trabalho do magistrado, nos moldes do que expõe Shimura¹⁴²:

[...] não está havendo invasão de competência normativa, muito menos um cerceamento da convicção do juiz. É do sistema processual e constitucional que, em determinada hipótese concreta, o juiz de hierarquia jurisdicional inferior tenha de obedecer ao decidido pela Corte Superior, pelas vias recursais normais; com maior razão, se o caso *sub judice* se enquadra no mesmo paradigma já traçado pela mais alta Corte, decorrente da repetição de casos idênticos.

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 315.

¹⁴¹ BOULOS, Christianne. A força vinculante da jurisprudência e o papel do juiz no direito brasileiro. **Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica**, vol. I, USP/Fapesp, 1996, p. 304.

¹⁴² SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

Ademais, consoante Bermudes¹⁴³, o precedente – inclusive se obrigatório – não impede a mutação jurisprudencial, vez que sempre existem métodos para que haja o que se intitula usualmente como “viragem” de entendimento do Judiciário:

De certo, a reiteração de pronunciamentos judiciais e recursos contrários a determinado entendimento pode levar à modificação dele. A história da jurisprudência brasileira mostra isso, como no caso em que os constantes desafios – liderados pelo trabalho insistente do processualista e advogado Galeno Lacerda – à súmula 267 do STF, impeditiva de mandado de segurança contra ato judicial, terminaram por alterar o entendimento daquela Corte. Sempre existem meios de alcançar a revogação da súmula, como demonstram as mutações da jurisprudência de tribunais de países de precedente obrigatório (a Corte Suprema dos Estados Unidos mostra isso de modo muito significativo).

No que toca ao objeto das súmulas vinculantes, deve ser alinhavado que quaisquer normas que suscitem controvérsia alusiva à interpretação, validade ou eficácia poderão ser objeto de deliberação sob a ótica vinculante, desde que, por óbvio, seja configurada querela constitucional¹⁴⁴.

No mais, importante pontuar o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de ato administrativo ou decisão judicial contrariar expressamente o texto de súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar, nos moldes do art. 103-A, §3º, da Constituição Federal.

No entanto, há quem já manifeste a preocupação de que a previsão constitucional do cabimento de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal fará com que o órgão assuma perfil de instância recursal ordinária, onde não poderá se esquivar do enfrentamento da matéria fática conectada com a súmula, uma vez que – levando-se em conta a postura histórica da administração pública no Brasil no sentido de resistir ao cumprimento de decisões judiciais – não se afigura impossível imaginar o acúmulo de reclamações perante a Corte máxima do país¹⁴⁵.

Deve ser pontuado, em sentido diverso, que a súmula vinculante – tal

¹⁴³ BERMUDES, Sergio. **A reforma do Judiciário pela Emenda n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

¹⁴⁴ MUSCARI, Marco Antônio Botto Muscari. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 93.

¹⁴⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. **Súmula vinculante e muralha de reclamações**. Caderno Direito & Justiça, Correio Braziliense, Brasília, 2005, p. 1.

qual aludido *supra* – trouxe maiores benefícios do que malefícios para o sistema jurídico vigente no país, de tal sorte que não se afigura adequado atribuir um injusto caráter negativo.

Aliás, ao se analisar sob uma lamentável ótica negativista das súmulas vinculantes, vem à tona a possibilidade de estas serem objeto de controle de constitucionalidade, uma vez que o tema ainda não restou posto ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do que aduz Mancuso¹⁴⁶:

A conformidade com a Constituição é uma condição de validade e eficácia de todos os atos estatais em sentido largo, e por isso sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, na dupla via direta e incidental, as normas legais e os atos normativos, isto é, os produtos finais do Estado-legislador e do Estado-administrador. A súmula vinculante é o produto final, potencializado, do Estado-juiz, participando, a um tempo, da natureza da lei – enquanto enunciado geral, abstrato, impessoal e impositivo – e dos atos normativos, haja vista sua função paradigmática, pan-processual, voltada à resolução isonômica das lides. [...] também uma súmula vinculante do STF, uma vez emitida em desconformidade com algum dos seus pressupostos constitutivos [...] poderá ter sua constitucionalidade sindicada. O entendimento do STF tem sido o de que as súmulas, em sentido estrito, não se equiparando a ato normativo não são controláveis na via direta (RTJ 151/20; RDA 196/204). Resta saber se o STF manterá esta interpretação agora com o advento da súmula vinculante. Por exemplo, pode dar-se que a norma determinada subjacente à súmula vinculante, não seja de cunho constitucional, ou então que sua emissão tenha sido deliberada por maioria simples, casos em que se instaura a querela constitucional, a ser dirimida tanto na via direta [...], como na via incidental [...], valendo observar a proximidade do rol dos co-legitimados àquelas ações diretas e dos que podem propor a emissão, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º da Lei nº 11.417/2006). Por fim considere que até mesmo norma inserida pelo constituinte revisor pode vir a ter sua constitucionalidade sindicada (STF: RDA 191/2014; 198/123), de sorte que não poderia a súmula vinculante constituir-se em exceção isolada do contexto geral.

Ultrapassada a referida visão não positiva da súmula vinculante, observa-se que o mencionado advento constitucional trouxe importante fato de coesão ao sistema jurisprudencial.

Nesta linha, como justifica Sifuentes¹⁴⁷, o juiz não é um microcosmo –

¹⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 369.

¹⁴⁷ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, p.

uma nômade fechada em si mesma. Logo, a ideia de que o magistrado tão somente se vincula à lei e à sua consciência decorre, na realidade, de um preceito autoritário (não obstante *a priori* se mostre belo e coerente), de maneira que a edição de súmulas vinculantes é, sim, um fator hábil a provocar uma diminuição na insegurança jurídica atualmente verificada no país.

Desta forma, a súmula vinculante deve ser entendida não como uma maneira de restringir o livre convencimento do julgador, mas sim como um norte a ser tomado por todos os cidadãos que diariamente sofrem com as agruras da dissidência jurisprudencial, algo que não pode ser concebido em grande quantidade em um Estado Democrático de Direito.

3.3. MECANISMOS INFRACONSTITUCIONAIS ALUSIVOS À SEGURANÇA JURÍDICA

3.3.1. Incidente de uniformização de jurisprudência

A preocupação com a uniformização da jurisprudência vem de longa data, tendo como um dos primeiros registros históricos a figura das fações no Direito Português, datada do século XII, estas representavam decisões notáveis e duvidosas que ganhavam força vinculante pelo reconhecimento da autoridade de quem a proferia. Assim, ficava aquela decisão como paradigma para resolver casos semelhantes futuros.¹⁴⁸

E essa incessante preocupação com a uniformização das decisões judiciais foi sendo aperfeiçoada no tempo. Passando as decisões a ter, inclusive, carga normativa, como já dito das súmulas vinculantes.

Porém, neste ponto do trabalho, apesar desse brevíssimo apanhado histórico, o que se pretende é analisar a função do incidente de uniformização de jurisprudência, instituto previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil

289.

¹⁴⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 191-192.

Brasileiro. Assim, é importante ressaltar, primeiramente, que o Superior Tribunal de Justiça entende como não sendo obrigatória a instauração do precedente, em que pese parte da doutrina entender de forma diversa.¹⁴⁹

De outro lado, é de ser mencionada a posição de CRUZ E TUCCI, no sentido da existência de “um dever”, estabelecido em “prol do interesse público de certeza do Direito”, sendo na mesma linha o entendimento de Vigliar, ao asseverar que “a atividade jurisdicional não pode apoiar-se num pretensioso, e por vezes, desmedido, abuso de um juízo de conveniência e oportunidade, que o cidadão não lhe concedeu e imaginar, de forma equivocada, que detém discricionariedade para aqui uniformizar a jurisprudência desconfortável e, num outro assunto, não uniformizá-la”.¹⁵⁰

Tal visão vem embasada, especialmente, na isonomia e na segurança jurídica, a fim de evitar decisões divergentes para casos análogos. Para a instauração do incidente faz-se necessária a existência de dois pressupostos, sendo estes a existência de julgamento em curso perante órgão de tribunal e a existência de divergência na interpretação do direito.¹⁵¹

Ainda, há a possibilidade da parte invocar a instauração do instituto, a teor do previsto no inciso II, do artigo 476 do Código de Processo Civil, ocasião em que deve indicar o acórdão paradigma, o qual interpreta de forma diversa a mesma regra jurídica. Aliás, é importante que se diga que se uma decisão foi julgada diversamente por circunstâncias dos autos e não pela interpretação jurídica dada, esta não servirá para a instauração do incidente.¹⁵²

A necessidade de uniformização da jurisprudência se justifica por diversos motivos, inclusive o prolongamento do debate, a fim de ter-se uma interpretação mais justa da norma.

A unificação da jurisprudência via recursal, ao interior de certo órgão colegiado, justifica-se a mais de um título: 1) permite ao próprio Tribunal (Pleno. Ou Órgão Especial, onde haja) ou a alguma de suas frações (Turma, Seção, Câmaras, Grupo de Câmaras) conhecer e,

¹⁴⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 197.

¹⁵⁰ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 197.

¹⁵¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 198.

¹⁵² CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 198-199.

eventualmente, rever os posicionamentos que estão sendo tomados, com evidente proveito para os seus integrantes, na medida em que se abre o debate acerca de pontos ainda controvertidos nas diversas matérias que compõe a competência da Corte; 2) esse processo de *decantação* a que ficam submetidas as matérias sob julgamento aproveita também ao jurisdicionado, na medida em que o prolongamento do debate permite melhor depuração dos argumentos num sentido e noutro, com isso propiciando maior aproximação entre os valores do justo e do jurídico, tudo concorrendo para uma resposta judiciária de melhor qualidade.¹⁵³

De tal modo, o incidente de uniformização da jurisprudência é um meio a efetivar uma decisão mais justa e igualitária aos jurisdicionados, o qual tem como escopo principal buscar uma maior segurança jurídica, bem como uma maior efetivação do princípio da isonomia.

3.3.2. Embargos de Divergência e Embargos Infringentes

Tanto os Embargos de Divergência, quanto os Embargos Infringentes servem para unificar o posicionamento do plenário, no caso do Supremo Tribunal Federal, de Turma, de Seção ou de Câmara.

Assim, o que estes recursos pretendem é uniformizar o entendimento dos Tribunais Superiores, permitindo um debate mais amplo das teses jurídicas. A importância desta uniformização está justamente no que já restou explicitado, ou seja, o privilégio da segurança jurídica e do princípio da isonomia.

Falando especificamente dos Embargos de Divergência, tem-se que estes possuem origem no recurso de revista, uma vez que permite a uniformização do entendimento do Tribunal no que diz respeito ao direito em tese.¹⁵⁴

É importante o destaque de que o julgamento paradigma deve ser atual:

Quanto ao quesito da atualidade da divergência – de interesse tanto nesta sede como na do recurso especial pela alínea c do art. 105, III, da CF – esclarece Theotonio Negrão que, “se a Turma alterou sua orientação, suas decisões anteriores já não servem como padrões de confronto para

¹⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. p. 262.

¹⁵⁴ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 204.

justificar o cabimento de embargos de divergência”.¹⁵⁵

Já os Embargos Infringentes possuem origem nos pedidos de reconsideração, que tiveram nascimento no direito português devido à dificuldade para se apelar de uma decisão no início da monarquia, sendo que, atualmente, estão previstos apenas no direito brasileiro.¹⁵⁶

A grande crítica que pesa sobre este recurso é o prolongamento da demanda. Porém, há quem entenda, e pode se considerar este o entendimento mais acertado, de que há outros fatores que causam a demora na resolução definitiva do processo, não podendo se culpar este recurso.

Na linha sustentada neste trabalho, no sentido de que a uniformização do entendimento dos julgadores é indispensável à preservação de princípios relevantes como a isonomia e a segurança jurídica, entende-se, com Luiz Rodrigues Wambier, que os “embargos infringentes têm cumprido relevante papel na sistemática recursal adotada pelo Código de Processo Civil vigente, proporcionando a busca do aperfeiçoamento dos provimentos contidos nos acórdãos, sempre que a discrepância de opiniões entre os julgadores indicara existência de justificação plausível para teses discordantes”.¹⁵⁷

Assim, é de se ressaltar a importância de ambos os recursos na uniformização da jurisprudência, o que tem por finalidade privilegiar o princípio da isonomia e a segurança jurídica. De tal modo, a fim de se permitir um processo mais célere, tem-se como mais aconselhável investir na estrutura do Poder Judiciário, do que diminuir os recursos à disposição das partes.

3.3.5. Ação rescisória: instrumento para a efetivação da segurança jurídica?

A ação rescisória é um processo pelo qual se busca a desconstituição de uma sentença prolatada em outra demanda judicial, encontrando amparo no art. 485 do Código de Processo Civil. Entre as possibilidades para a utilização deste meio processual, encontra-se a ofensa à coisa julgada (inciso IV).

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 269.

¹⁵⁶ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 209.

¹⁵⁷ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, p. 210.

É relevante que se destaque a importância da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, faz-se necessária a sua localização, estando, primeiramente, consagrada no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

Na mencionada norma constitucional, a Carta Magna estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada. Deve-se ressaltar que esta proteção diz respeito a lei posterior, ou seja, não poderá uma lei editada posteriormente ao ato, modificar a sentença já transitada em julgado.

Até porque entender de modo diverso seria negar aplicabilidade ao inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, uma vez que a coisa julgada é relativizada quando houver violação de literal disposição de lei.

Neste momento, faz-se necessária a discussão sobre a relativização da coisa julgada, colocando-se em pauta como esta pode ocorrer, quais os seus limites e se esta fortalece ou enfraquece a segurança jurídica.

É de suma importância tomar como destaque que uma das funções do processo é promover a pacificação social, o que é trazido através da segurança nas relações jurídicas, com um certo afincamento de imutabilidade, a fim de trazer uma certa estabilidade às relações sociais.¹⁵⁸

O mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela *coisa julgada*, que a doutrina mais conceituada define como *imutabilidade da sentença e de seus efeitos*, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença (Liebman).⁵ Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes (sempre, Liebman).¹⁵⁹

Assim, a relativização da coisa julgada é uma questão que tem trazido um

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001, p. 8-10.

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001 p. 10.

grande debate na comunidade jurídica brasileira, o que é feito à luz do princípio da segurança jurídica, e vai de encontro ao tema central de discussão, ainda não pacificado, da filosofia do direito (a saber: tensão entre justiça e segurança).

A visão predominante é a de que o direito é válido porque parte de um soberano (no caso, o Estado juiz), e não porque é justo, o que vem da concepção de direito trazida por Hobbes e, posteriormente, mantida por Kelsen.¹⁶⁰

É de se ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio já superou esta concepção positivista normativista. Assim, não se concebe que uma decisão seja correta, justa, somente porque foi emanada do Estado juiz, o que pode ser confirmado pela possibilidade de ingresso de uma ação rescisória, por exemplo.

Com a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo central do ordenamento jurídico, supera-se esta premissa. No entanto, isso não é certo que todo o processo levará a um julgamento justo, eis que não há como garantir tal preceito na prática.¹⁶¹

Desta forma, resta ainda mais complexa a discussão, porquanto se deve buscar entender o que geraria mais insegurança jurídica: o fato de assumir que uma decisão pode ser injusta e aceitá-la como tal, ou, então, reconhecê-la como injusta e modificá-la, não permitindo, desta forma, que ocorra a pacificação social (uma vez que a qualquer momento poderia modificar-se uma decisão do Poder Judiciário).

Diante disso, a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa “desconsideração” geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?”¹⁶²

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 55-73.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 55-73.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 56.

A possibilidade da relativização da coisa julgada tem parâmetros constitucionais, assim como a proteção desta, ao menos no entendimento de Luiz Guilherme Marinoni¹⁶³:

Em favor da “relativização” da coisa julgada, argumenta -se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma -se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, por ser apenas um dos valores protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho.

Frisa-se que a doutrina e a jurisprudência já se atentam para o fato de não se poder eternizar uma injustiça, com receio de se evitar a eternização das incertezas.¹⁶⁴

Em contraponto a esta visão, defende-se que o instituto da coisa julgada é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito, uma vez que somente por intermédio daquela é que se pode efetivar o direito de Acesso à Justiça, o qual está consagrado em nossa Magna Carta.¹⁶⁵

Ou seja, de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis a o próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada.¹⁶⁶

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 57.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In: Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001. p. 13.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 58.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 58.

Assim, é de se considerar que a simples alegação de que o Poder Judiciário não pode exarar decisões que conflitem com os princípios de justiça não tem, por si só, condão de permitir uma relativização da coisa julgada.

Porém, é de se destacar que o próprio ordenamento jurídico – que repugna a ideia de decisões injustas pelo Estado Juiz – fornece como remédio a ação rescisória.

A questão que resta esclarecer é se é possível admitir que um juízo prolate uma decisão injusta em seu primeiro julgamento, o que garantiria que este não o fizesse na segunda vez que fosse apreciar os fatos que embasam a lide. Aliás, é desse modo que pensa Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁷:

Mesmo sem adentrar em complexos temas da filosofia do direito, pode-se logicamente argumentar que as teses da “relativização” não for necem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.

Deste modo, acredita-se que a manutenção da sentença prolatada pelo juízo parece ser a medida mais acertada.

Isso porque a possibilidade de rescindir a referida decisão – sem a certeza de que a seguinte encontrará amparo nos ideais de justiça – causa apenas maior insegurança entre as partes, não atinge o objetivo central do Poder Judiciário (a pacificação social) e acaba ferindo de morte o direito de Acesso à Justiça, uma vez que não permite às partes uma certa confiabilidade de que os seus litígios, finalmente, encerram-se.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 59.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve por escopo verificar, por via de uma análise minuciosa da legislação pátria, se o princípio da segurança jurídica é aplicado nos Tribunais pátrios e, principalmente, elucidar as principais maneiras para que houvesse a referida efetivação.

À luz das discussões levantadas em todo o decorrer da dissertação, os questionamentos suscitados no início da dissertação acabaram sendo elucidados.

De plano, percebeu-se que a segurança jurídica ainda não se encontra plenamente aplicada nos Tribunais brasileiros, porquanto muitas vezes acaba sendo negligenciada, não obstante sua previsão constitucional e infraconstitucional no ordenamento pátrio.

No que tange à relevância da segurança jurídica, observou-se tal princípio de grande relevância – tanto no âmbito teórico quanto prático – perante o sistema jurídico brasileiro, eis que necessariamente deve ser atribuída à segurança jurídica a condição de direito inequivocamente fundamental, e caracterizá-lo como pilar de um Estado que diz pretender ser Democrático de Direito.

Em relação aos meios hábeis a tornar a segurança jurídica um princípio realmente aplicável no Brasil, observou-se que estão presentes tanto na esfera constitucional quanto no âmbito infraconstitucional.

Quanto à sua ocorrência constitucional, trouxe-se à baila a existência dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, os quais se caracterizam em verdadeiro instrumento para que não haja uma legislação em afronta com a Lei Maior (o que, via de consequência, acaba por favorecer a previsibilidade da consequência jurídica de um ato e, em decorrência, elevar a sensação de segurança jurídica).

Especificamente no que toca aos métodos infraconstitucionais, este estudo se dedicou aos institutos da súmula vinculante, incidente de uniformização de jurisprudência, embargos de divergência, embargos infringentes e ação rescisória,

cujos conteúdos evidenciam a possibilidade de o Judiciário agir com o fito de efetivar a segurança jurídica – ainda que consciente, por óbvio, de sua incapacidade para legislar, em respeito à tripartição dos poderes da República.

Assim sendo, tem-se como claro que, não obstante ainda não se tenha como concretizada em absoluto a segurança jurídica, referido princípio vem paulatinamente sendo mais considerado pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente por via dos instrumentos jurídico-processuais elencados supra, dada a sua relevância.

Urge, no entanto, que todos aqueles responsáveis por lidar com o direito tenham a plena consciência de que não se faz justiça sem uma real segurança jurídica, de modo que se perceba que um exacerbado desapego à legislação se mostra, na verdade, uma total afronta aos princípios mais basilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 12/05/2014, às 13 horas e 18 minutos.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERMUDES, Sergio. **A reforma do Judiciário pela Emenda n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOULOS, Christianne. A força vinculante da jurisprudência e o papel do juiz no direito brasileiro. **Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica**, vol. I, USP/Fapesp, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 79.343**. Relator: Min. Leão de Abreu, j. em 02/02/1977, DJ 31/08/1977.

BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 12, n. 34, 1985.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 1999.

_____; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O Problema da Segurança no Direito**. São Paulo: RT, 1964.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *In*: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FACURY, Fernando Scaff; MAUÉS, Antonio Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante: solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*), *in*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; et al. (coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Vol. XXX.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Márcio Marçal. **Efeito vinculante dos precedentes, segurança jurídica e prestação jurisdicional como garantia fundamental**. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed, rev. atual. e ampl. de acordo com a EC 45/2004 e Lei n. 11.417/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos tribunais** 830 (2004), p. 55-73.

MARTINS, Leonardo. Comentários ao Direito Fundamental à Igualdade. *In*:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; VALE, André Rufino do. Comentários ao art. 5º, inciso II da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manuel de Direito Constitucional**: tomo II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do Século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

MUSCARI, Marco Antônio Botto Muscari. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil**: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/ficha.html>>. Acesso em: 04/03/2014, às 15 horas e 20 minutos.

PANCOTTI, José Antonio. **Inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo : LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012..

PRUDENTE, Antônio Souza. **Súmula vinculante e muralha de reclamações**. Caderno Direito & Justiça, Correio Braziliense, Brasília, 2005

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário Jurídico Especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. A vida como critério dos direitos fundamentais - Ferrajoli e Dussel. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**: contribuições ao debate. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, p. 10, out./dez., 2006.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 10/05/2014, às 15 horas e 20 minutos.

_____. Comentários ao artigo 103-A. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; ABBOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a

questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, 2012.

WALDMAN, Ricardo Libel. **A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e sua aplicação na prática constitucional brasileira**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.