



SEGURANÇA JURÍDICA E (IM)PREVISIBILIDADE DO DIREITO

*Rafael de Oliveira Costa**

Resumo

A partir da multiplicação do número de processos e da busca pela celeridade na prolação da decisão, o aplicador passou a inverter o processo hermenêutico para adequar a ordem jurídica ao seu sentido subjetivo, partindo não mais de proposições normativas, mas de seu próprio sentimento de justiça. Com isso, temos uma forte guinada para a subjetividade, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões. Assim, na prática dos Tribunais, o jurista se depara sempre com o questionamento acerca da possibilidade de redução da subjetividade na interpretação. No intuito de tornar efetivo esse desiderato, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise investigativa acerca da relação entre a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais — especialmente diante da diversidade de decisões —, buscando estabelecer o papel a ser desempenhado pela jurisprudência. Sustentamos que, apenas com a atenção redobrada na delimitação do significado, da natureza e da evolução da ideia de segurança jurídica é que o processo pode ser apto a prover o respeito à previsibilidade, permitindo a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Previsibilidade do Direito. Efetividade dos direitos fundamentais.

Abstract

From the multiplication of the number of processes and the quest for rapidity in deciding, the judges came to reverse the hermeneutical process to mold the law to his/her subjective sense, starting no more from the legal text, but from his/her own sense of justice. Thus, we have a turn to subjectivity in detriment of legal certainty and predictability of decisions. In courts' practice, lawyers are always faced with the question about the possibility of reducing subjectivity in interpretation. The present work aims to conduct an investigative analysis of the relationship between legal certainty and predictability of judicial decisions, especially given the diversity of judgments and the role to be played by jurisprudence. Therefore, in order to solve this problem, we contend that only with careful attention in defining the meaning, the nature and evolution of legal certainty, the process may be able to provide respect to predictability, allowing the enforcement of fundamental rights.

Keywords

Legal certainty. Law's predictability. Enforcement of fundamental rights.

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de segurança jurídica aparece, à primeira vista, como referência a um conteúdo de natureza meramente principiológico.

Contudo, a isto não se limita, uma vez que, a partir da Constituição de 1.988 e da legislação infraconstitucional, assume feições diversas.

De qualquer modo, a ideia de segurança jurídica não pode ser compreendida em abstrato, mas carece de uma “substancialização” que a concretize junto à realidade.

No intuito de buscar a essência da segurança jurídica, parcela da doutrina vem atentando para indispensável garantia de um Direito estável e previsível. Trata-se de meio de proteção dos cidadãos contra as incoerências e mudanças frequentes nas normas jurídicas, impedindo que o jurisdicionado saiba como deva agir (VIDAL, 2003, p. 06).

Atualmente, busca-se compatibilizar a segurança jurídica com a plasticidade do ordenamento, em razão das inúmeras — e constantes — mudanças da sociedade. Por este motivo, a segurança jurídica se apresenta como a linha mestra da evolução do ordenamento jurídico, uma vez que pretende atrelar mudanças sociais e previsibilidade das decisões judiciais.

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico, embora deva permitir ao jurisdicionado conhecer as consequências de seus atos, não pode permanecer inerte.

Não bastasse, o pensamento jusfilosófico hodierno tende a concluir que o Direito inspira-se nos valores da segurança e da justiça, enquanto vetores axiológicos que o regem (REALE, 1990, p. 563-564).

Segundo entendemos, a ideia de segurança jurídica é aberta e variável. Serve de guia para o operador do Direito na elaboração, na interpretação e na aplicação da norma, designando um conteúdo abrangente, que inclui: 1. a confiança nos atos do Poder Público; 2. a estabilidade das relações jurídicas, especialmente diante do princípio da anterioridade e a busca pela conservação de direitos em face da lei nova¹; e 3. a previsibilidade dos comportamentos (BARROSO, 2007).

¹ Nesse último sentido, já decidiu o STF na ADI nº 493-DF que não há qualquer distinção entre a obediência à garantia do direito adquirido por normas de qualquer natureza, sejam elas de ordem pública ou não: “*Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos — apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal — de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.*” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 25/06/1992. Dis-

Mas como, historicamente, se deu o seu desenvolvimento? É o que procuraremos demonstrar a seguir.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Uma rápida digressão histórica acerca da segurança jurídica faz-se indispensável para o seu entendimento hodierno, bem como para estabelecer a sua relação com a previsibilidade das decisões judiciais. Assim, dividiremos o seu estudo, segundo os ditames do constitucionalismo, em três fases: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

2.1. Do Paradigma do Estado Liberal

O Estado Liberal de Direito caracteriza-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação de poderes e do império das leis (BONAVIDES, 1996).

Nesse paradigma, há nítida divisão entre o público e o privado, permitindo-se a segurança nas relações sociais por meio da observância à legalidade (BONAVIDES, 1996).

Assim, o princípio da legalidade permite que o jurisdicionado estabeleça um cálculo sobre as consequências jurídicas de suas condutas e, com isso, a vida social ganha segurança jurídica e previsibilidade (VIDAL, 2003).

Não bastasse, a segurança torna-se um pressuposto do Direito e do Estado. Hobbes², Locke³ e Rousseau⁴ perceberam a passagem do estado de na-

ponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(493.NUME.%20OU%20493.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(493.NUME.%20OU%20493.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 01/08/2009.)

² Hobbes concebeu o Estado como necessário à garantia de segurança jurídica. Sem ele, os cidadãos viveriam eternamente em um estado de guerra. O Leviatã só é possível a partir de um contrato, onde cada indivíduo transfere ou cede parte de sua liberdade para obter segurança. A justificativa do Estado está, portanto, na manutenção da ordem através da segurança jurídica (HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 128.)

³ Locke parece, a princípio, encontrar na ideia de *liberdade* a justificativa para o Estado Moderno. Entretanto, a partir de uma leitura atenta de suas principais obras, pode-se perceber que, no estado natural de Locke, o homem é plenamente livre, uma vez que a sua concepção de liberdade se confunde com o dever de obediência ao direito natural. Mas se o homem é livre no estado de natureza, qual seria a justificativa para o Estado Moderno? A essa indagação, Locke sustenta que “*não é sem razão que ele procura de boa vontade unir-se em sociedade com outros já que estão reunidos ou têm a intenção de se unir para a mútua preservação de suas vidas, de suas liberdades e bens, aos quais chamo pelo nome genérico de propriedade.*” (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 73 e seguintes.)

⁴ Para Rousseau, a segurança jurídica é a própria justificativa do Estado, uma vez que, quando o indivíduo cede ao Estado parte de sua liberdade, encontra-se “seguro” pelo ordenamento

tureza para a sociedade civil. A partir desta passagem, a segurança jurídica torna-se basilar, pois o capitalismo necessita de certeza e legalidade nas relações jurídicas (WEBER, 1964).

Por este motivo, a segurança jurídica restou positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).⁵ Assim,

La seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractuallita e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Se ha observado certeramente, que 'la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho, o, dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico. (PEREZ LUÑO, 1994, p. 27)

A jurisdição, nesse contexto, se submete ao princípio da legalidade, servindo para dar fundamento a um complexo de garantias e, em especial, à segurança jurídica (FERRAJOLI, 2003, p. 16).

De um modo geral, são consagrados os direitos de primeira geração, especialmente a vida, a liberdade e a propriedade.

A busca pela certeza no Direito é tamanha, que o termo "segurança" vem conceituado no preâmbulo da Constituição francesa de 1793:

A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.⁶

O Código Civil Napoleônico, por sua vez, pretende consolidar o ordenamento jurídico como um sistema "fechado e autosuficiente, que os juízes não podem e não devem heterointegrar" (FIORAVANTI, 1995, p. 113).⁷ Assim,

jurídico. A liberdade seria o "preço" pago pela segurança. O Estado, nesse diapasão, é uma necessidade para a garantia de segurança jurídica (ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 26 e seguintes).

⁵ Art. 2: "Les droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

⁶ Não se trata, como se pode perceber, de um conceito estrito de segurança jurídica. Contudo, uma leitura atenta do referido dispositivo, focando principalmente a segurança dos direitos, se apresenta como uma primeira forma de tutelar a segurança jurídica, ainda que em sentido amplo.

⁷ Sustenta o professor italiano que: "In una situazione di grande instabilità come quella francese postrivoluzionaria, il codice assume ben presto un ruolo di assoluto rilievo, nel senso che in esso si condensa al massimo grado l'aspirazione liberale alla stabilità. Si attenua quindi sempre più il legame con la Dichiarazione dell'89, e con esso l'immagine del codice come prodotto dell'individualismo rivoluzionario... e prevale... sempre più l'altro lato del codice stesso, ovvero l'immagine di uno Stato sovrano, forte ed autorevole, che proprio con la codificazione civilistica è stato finalmente capace — o si presume tale — di rompere con il vecchio sistema delle fonti di diritto, di abrogare radicalmente, di creare un sistema normativo concluso ed autosufficiente, che i giudici non possono e non devono eterointegrare." (FIORAVANTI, 1995, p. 113)

[...] graças ao código, o liberalismo europeu pode finalmente pensar o direito positivo do Estado como um direito certo e estável — a célebre segurança jurídica — que os juízes aplicam de forma segura, garantindo aos indivíduos as posições (direitos) jurídicos subjetivos fixados na lei. (FIORAVANTI, 1995, p. 113)⁸

Contudo, é bom que fique claro que:

Grande equívoco tiveram os partidários da Escola da Exegese, como se o juiz pudesse operar como autômato. Não porque ele queira, mas porque é assim que as coisas são — cada juiz é ímpar, porque singular é todo homem. Longe de merecer descrédito, isso é razão de enaltecimento do homem. Quando se expõe o reconhecimento dessa verdade, é para que se lembre do óbvio, não para se optar pelo subjetivismo. Não se quer dizer que o intérprete ponha a sua carga subjetiva na atividade hermenêutica. A interpretação jurídica assim como a teológica são, nesse sentido, diferentes da interpretação artística, por exemplo. [...] Já o juiz apega-se à objetividade, sempre atento aos valores que o direito deve realizar. Conscientemente, reprime suas inclinações, se essas expressam individualismo, visto que da sua ação dependem questões vitais dos jurisdicionados. O juiz sabe todo o tempo que a finalidade da interpretação passa por ele, mas, verdadeiramente, o seu destino são outras pessoas. (MEGALE, 2002, p. 296-299)⁹

2.2. Do Paradigma do Estado Social

No início do século XX, o modelo de aplicação do Direito até então utilizado no Estado Liberal começou a ser colocado em questão, em razão da constatação de que os juízes não aplicam as normas de forma neutra. Como a norma geral e abstrata poderia garantir segurança jurídica se a sua interpretação é aberta e ela nada mais é do que uma moldura que pode ser preenchida com diferentes substratos (KELSEN, 2006)?

Com o surgimento do capitalismo monopolista e a Primeira Guerra Mundial, temos a crise da sociedade liberal, possibilitando o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo, que tem como principal expoente a Constituição da República de Weimar (1919).

Este cenário é justamente o panorama retratado por Martins-Costa:

⁸ No original: “[...] grazie al codice, il liberalismo europeo può finalmente pensare al diritto positivo dello Stato come ad un diritto certo e stabile — la celebre certezza del diritto — che i giudici applicano in modo sicuro, garantendo agli individui le posizioni giuridiche soggettive fissate nella legge.”

⁹ É bom que fique claro, contudo, que a Escola de Exegese, apesar das inúmeras críticas que tem sofrido por parte da doutrina, desempenhou um relevantíssimo papel ao situar o papel da lei e da hermenêutica no Direito.

Na base da conjuntura formadora do sentido social da segurança jurídica como previsibilidade e certeza dos atos estatais, estava a radical separação entre a sociedade e o Estado [...] Estava, ainda, a equação segundo a qual segurança era certeza da previsibilidade e essa certeza se traduzia em confiança: a lei, abstrata e geral, minudente em seus comandos repressivos, previria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor 'justiça'. (MARTINS-COSTA, 2004, p. 114)

Engisch, ao perceber a impossibilidade da estrita vinculação do juiz à lei, constata que,

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. (ENGISCH, 2001, p. 207)

Com o intuito de garantir segurança jurídica, a hermenêutica passa a estabelecer métodos mais sofisticados, como a análise teleológica, a sistêmica e a sociológica, buscando — obviamente, sem alcançar a finalidade pretendida — emancipar a interpretação da vontade subjetiva do intérprete, em direção à vontade objetiva da própria lei.

Em síntese, no paradigma do Estado Social, a função jurisdicional assume uma tarefa positiva na efetivação do Direito, a fim de garantir, sob o pálio da segurança jurídica e da igualdade material, a justiça no caso concreto.

2.3. Do Paradigma do Estado Democrático de Direito

O paradigma do Estado Social, contudo, passa a apresentar sinais de insuficiência para atender às demandas sociais e políticas. Isso porque, ao final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social começa a ser questionado em razão de sua crise de legitimação, tendo em vista os novos movimentos sociais (*hippie*, estudantil, pacifista, entre outros) que eclodem na década de 60 e as relações sociais extremamente intrincadas e fluidas que passam a existir entre os países.

Assim, o paradigma do Estado Democrático de Direito exsurge como alternativa ao modelo de Estado do bem-estar-social.

Essa passagem, no entanto, não se deu de forma pacífica, pois

[...] muitos autores chegaram a proclamar a morte, o declínio e o fim do Direito. Efetivamente, aquele 'belo' Direito de seguran-

ça, conceitos fechados e igualdade formal morreu, declinou, acabou. Um novo Direito surge, como aparece todos os anos uma safra dos grandes vinhos do passado, cabendo a nós degustar ambos. É preciso encarar o novo com otimismo e não com a nostalgia do passado irremediavelmente perdido. (KATAOKA, 2000, p. 459)

No paradigma do Estado Democrático de Direito, os princípios desempenham um novo papel que visa, sobretudo, permitir a solução para demandas complexas: o caso posto em discussão diante do Poder Judiciário pode ser um caso difícil (DWORKIN, 2002).

Assim, com o novo paradigma, são consagrados os direitos de terceira geração, e os de primeira e segunda outrora consagrados nos paradigmas anteriores passam por um processo de (re)leitura e adequação ao novo modelo (BONAVIDES, 2002, p. 226).

O princípio da separação de poderes, por sua vez, também ganha uma nova leitura, na qual o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização dos direitos, pois a ele compete viabilizar a legitimação do Estado Democrático pelo procedimento da cidadania (BONAVIDES, 2002, p. 235-242).

Com o advento do novo paradigma, o intérprete da norma também assume uma nova postura diante do texto normativo. Ao atentar para a importância dos princípios e das regras, as decisões devem observar, simultaneamente, a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica e como previsibilidade das decisões judiciais, e o sentimento de justiça, que decorre da adequabilidade da decisão argumentativamente construída à luz das particularidades do caso concreto (CARVALHO NETO, 1998, p. 245).

Os fundamentos do juiz que decide um caso devem levar em conta o seu horizonte de compreensão, uma vez que as decisões judiciais não fogem à condição histórica do intérprete (GADAMER, 1997).

No cenário atual, em face do que se convencionou chamar de Estado da Sociedade de Risco, aduz Torres que

Da ambivalência e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de segurança, em crescente contraste com o de insegurança. A idéia de segurança jurídica, prevalecte no Estado Liberal Clássico, que tinha por objetivo a proteção dos direitos individuais do cidadão, começa a ser contrabalançada no Estado de Bem-estar Social com a de segurança social (*rectius*: seguridade social) e culmina, no Estado Subsidiário, com a de seguro social e de prevenção. Os riscos e a insegurança da sociedade hodierna não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança so-

cial, econômica e ambiental. Da mesma forma que a sociedade tem a prevalência sobre o Estado, na cadeia de subsidiariedade referente aos direitos, também passa a tê-la no que concerne aos deveres; sucede que o cumprimento dos deveres é também moral, e não só jurídico, do que resulta que o Estado não pode impô-los. Todos os grandes riscos da atualidade (v.g. AIDS, destruição do meio-ambiente, drogas, terrorismo, etc.) seriam facilmente controlados se a própria sociedade resolvesse evitá-los; como esse dever moral não é assumido, o Estado não o pode criar por lei sob pena de ofender a liberdade do cidadão. Aí está o grande paradoxo do direito fundamental à segurança jurídica no Estado da Sociedade de Risco. (TORRES, 2008)

Conclui-se, pois, que o tema da segurança jurídica relaciona-se diretamente com o Estado de Direito e sofre modificações segundo as suas diversas expressões. Na primeira fase, do Estado Liberal de Direito, com permanência nas ulteriores, aparece como segurança dos direitos fundamentais; na segunda, como segurança social; na última, junte-se-lhe a segurança preventiva (TORRES, 2008).

3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Após essa (re)construção histórica à luz do constitucionalismo, resta claro que desde muito se busca garantir segurança jurídica, tanto no plano externo, como no plano interno.

Sem pretender exaurir a análise de toda a gama de documentos internacionais, constitucionais e infra-legais que, ao longo dos tempos, agasalharam o direito fundamental à segurança, o que se percebe, em uma primeira análise, é que as Constituições, em sua maioria, não precisaram o âmbito de aplicação, o conteúdo e a abrangência desse direito.

Em verdade, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança possa ser percebido como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, entre outras.

No aspecto estritamente positivo, a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, em seus arts. 1º e 3º, foi a primeira a estabelecer que:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. [...] O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da

comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

No mesmo sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de, 26 de agosto de 1789, dispunha expressamente:

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão. [...]

No mesmo sentido, o preâmbulo da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793:

A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.

A Constituição da Espanha, por sua vez, contém a seguinte disposição acerca do tema:

Art. 9º, 3 — La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Urge asseverar que a ausência de previsão expressa do direito à segurança jurídica não constituiu obstáculo ao reconhecimento de algumas suas manifestações na jurisprudência supranacional, com destaque para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No âmbito interno brasileiro, a segurança jurídica vem positivada em diversos preceitos.

Nos limites da Constituição da República/1988, a segurança jurídica assume duas feições distintas. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal mostra-a sob a forma de valor. Já sob o título dos direitos e garantias fundamentais, vem regulamentada junto às garantias inerentes ao Estado Democrático, materializando-se em verdadeiro direito subjetivo.

Nesse liame, urge destacar os seguintes dispositivos:

Preâmbulo — “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.”

Art. 5º — “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer 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, nos termos seguintes.”

Assim, tendo em vista a sua previsão constitucional, toda compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas deve levá-la em consideração.¹⁰

Exsurge, assim, um mandamento peremptório ao intérprete para que observe-a em todos os procedimentos, judiciais ou administrativos, cíveis ou criminais, sob pena de violar um dos postulados do Estado Democrático de Direito.

De outro modo, no ordenamento infraconstitucional, a segurança jurídica vem consagrada em diversos dispositivos:

1) Lei 9.784/99:

- i. *Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”*
- ii. *Art. 2º, Parágrafo Único, IV — “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;”*
- iii. *Art. 2º, Parágrafo Único, XIII — “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”*

¹⁰ No caso do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não ter o Constituinte se referido expressamente ao “direito à segurança jurídica”, este acabou sendo contemplado implicitamente em diversos dispositivos, tal como poder ser percebido na garantia do princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), chegando às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV).

- 2) Lei 9.868/99 — Art. 27 “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”
- 3) Lei 9.882/99 — Art. 11. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”
- 4) Lei 11.417/07 — Art. 2º, § 1º — “O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

Deste modo, resulta evidente que, tanto no plano externo, quanto no plano interno, a busca pela segurança jurídica vem prevista em diversos diplomas legais. Mas qual seria a natureza da segurança jurídica? É o que passaremos a expor a seguir.

4. NATUREZA JURÍDICA

Segundo entendemos, a segurança jurídica deve ser vista, concomitantemente, como um valor, um princípio e um direito.¹¹

Vejamos as justificativas para sua inclusão em cada uma dessas categorias e as consequências de sua aplicação nas decisões judiciais.

4.1. Segurança como Valor

Sob o aspecto axiológico, deve-se atentar para o disposto no Preâmbulo da Constituição de 1988.

Mesmo não se caracterizando como norma constitucional propriamente dita, o Preâmbulo explicita finalidades e traça diretrizes, permitindo a

¹¹ Nesse sentido, vale à pena conferir: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr.

identificação de uma concepção jurídica marcada por forte conteúdo principiológico.¹²

Face ao Estado de Direito, a segurança jurídica traz em sua natureza a ideia de afastamento de incertezas, o que implica em assumir um perfil axiológico.

Na Espanha, como já ressaltado anteriormente, o texto do art. 9º, § 3º, da Constituição, aduz ser a segurança um princípio. Contudo, a doutrina e o Tribunal Constitucional inclinaram-se no sentido de atribuir-lhe a natureza de valor superior.¹³

Diante de tal referencial, Souza percebe na segurança jurídica três aspectos distintos, mas intimamente ligados, na medida em que a reconhece como um valor-meio, um valor-necessário e um valor-adjetivo (SOUZA, 1996).

Como valor-meio, a segurança jurídica

[...] resulta de um conjunto de técnicas normativas dispostas a garantir a completude do sistema; ou seja, o ordenamento jurídico tem, na Segurança, uma autocorreção, um corretivo dele próprio, como meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação de um determinado ordenamento constitucional. (SOUZA, 1996, p. 84)

Como valor-necessário, a segurança jurídica reflete-se em pressuposto para *“a atuação dos valores que o ordenamento jurídico pretenda realizar, em maior ou menor grau.”* (SOUZA, 1996, p. 84)

Por fim, como valor-adjetivo, na relação com os demais valores, a sua realização decorre da sua qualidade para gerar segurança. Identifica no valor segurança, portanto, um sentido *“auto reflexivo”* (SOUZA, 1996, p. 84).

Há de ter-se em conta que a segurança jurídica, como valor, constrói-se a partir da sua inserção na ordem jurídica, não de forma isolada, mas junto a outros valores, especialmente a justiça. Tanto é assim que, no dizer de Barroso:

Num Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça, tanto material como formal [...] A segurança, por sua vez, encerra

¹² Acerca da natureza jurídica do Preâmbulo, surgiram basicamente três teorias: irrelevância jurídica, norma constitucional originária e eficácia interpretativa. Prevalece, atualmente, o entendimento consagrado por esta última, ao concluir que o Preâmbulo é, em verdade, fundamento interpretativo de toda a Constituição. Conferir, nesse sentido, a seguinte obra: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³ Cf. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 140: *“... la seguridad jurídica no es mero factum inmanente a cualquier sistema de Derecho, sino un valor del Derecho justo que adquiere su plena dimensión operativa en el Estado de Derecho”*.

valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais da vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas. (BARROSO, 2000, p. 116)

Contudo, para que se tenha uma perspectiva holística da segurança jurídica, não pode o fenômeno ser vislumbrado sob um de seus aspectos. Para tanto, é preciso compreendê-la não apenas como valor, mas também como princípio.

4.2. Segurança como Princípio

O ordenamento jurídico equilibra-se entre os pólos da segurança e da mutabilidade. Segundo Ost, o Direito é tradição por excelência, na medida em que

constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado. (OST, 1999, p. 64)

Na relação entre tempo e Direito, a segurança jurídica, como princípio, se expressa na continuidade e permanência.

Segundo Ávila, a segurança jurídica não seria um simples princípio, mas um sobre-princípio, aproximando-se do que o autor convencionou chamar de postulado normativo (ÁVILA, 2004, p. 79).¹⁴

O ponto de partida está na percepção da segurança jurídica como princípio do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico de outro princípio: o da legalidade.¹⁵

¹⁴ Apesar da pertinência da classificação proposta por Ávila, usaremos neste trabalho indistintamente os termos princípio e postulado normativo, no intuito de evitar confusões com a doutrina majoritária.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes acerca do princípio da segurança jurídica, atribuindo-lhe as seguintes funções no ordenamento: "a) a segurança jurídica está no fundamento do instituto da decadência; b) a segurança jurídica fundamenta o instituto da prescrição; c) a segurança jurídica fundamenta o instituto da preclusão; d) a segurança jurídica fundamenta a intangibilidade da coisa julgada; e) a segurança jurídica é o valor que sustenta a figura dos direitos adquiridos; f) a segurança é o valor que sustenta o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito; g) a segurança jurídica está na base da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo; h) a segurança jurídica está na ratio da adstrição às formas processuais; i) a segurança jurídica está na ratio do princípio da irretroatividade da lei, quando gravosa ao status libertatis das pessoas ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei. Já pelo viés negativo, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Em outras palavras, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que passou a ter o *status* de subprincípio do princípio estruturante do Estado de Direito (SARLET, 2006, p. 243).

Parcela da doutrina assinala, inclusive, que, a despeito de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica “*é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.*” (MELLO, 2004, p. 112)

Juarez Freitas também deriva o princípio da segurança jurídica da noção de Estado de Direito, destacando a estabilidade das relações jurídicas

j) a segurança jurídica não afrontada, senão reforçada, com o rigor probatório, nas matérias concernentes à concessão de benefícios especiais a certas categorias ou pessoas, conforme a situação em que se encontrem ; k) a segurança jurídica não impede que lei nova ou ato administrativo dê conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador.” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112)

Recentemente, houve três decisões do STF — MC nº 2.900-RS, MS 24268/MG e MS 22357/DF — qualificando a segurança jurídica como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito.

Em 27 de maio de 2.003, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem na Medida Cautelar nº 2.900-3/RS decidiu que: “*Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g., art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.*”

No Mandado de Segurança nº 24.268/MG, o STF, por maioria, concedeu a segurança por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa: “*Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passado 18 anos de sua concessão — e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 [...] — embora tenha sido um dos incentivos do projeto que resultou na aludida lei — uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deve ser computado com efeitos retroativos. Mas afigura-se-me inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em caso como os dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião [...] É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato.*”

Analisando as referida decisões, aduz Couto e Silva que “*Os três acórdãos do STF, na MC 2.900-RS, no MS nº 24268/MG e no MS 22357/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao declararem, pela primeira vez na jurisprudência daquela Corte, que a segurança jurídica é um princípio constitucional, como subprincípio do princípio do Estado de Direito (CF, art. 1º), a par de encontrar a correta fundamentação para inúmeros casos decididos no passado — sustentados, a nosso juízo, por insatisfatória argumentação, como tivemos ocasião de ver —, nos dá a esperança de que abrirá caminho para que, daqui para a frente, se consolide, nos julgados dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que tanto a legalidade como a segurança jurídica são princípios constitucionais que, em face do caso concreto, deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material. É nesse rumo, aliás, que se orientou o direito da União Européia, a partir das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão.*” (COUTO E SILVA, 2005)

A partir de uma análise detalhada desses julgados, resta claro que, para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da segurança é como uma “*tradução jurídica do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, deve permanecer estático, imóvel como estátua, permanente no tempo.*” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112) Eis aí toda a sua importância no ordenamento jurídico nacional.

enquanto condição para o cumprimento das finalidades do ordenamento (FREITAS, 1999, p. 75).

Para Canotilho, a segurança jurídica, como princípio jurídico, se ramifica em duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva (CANOTILHO, 2002, p. 624). No primeiro caso, envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CANOTILHO, 2002, p. 624).

A outra vertente, de natureza subjetiva, diz respeito à proteção à confiança.¹⁶ Nessa acepção, a segurança jurídica impõe limitações ao poder estatal de modificar atos que produzam vantagens aos destinatários, ainda que ilegais, em virtude das expectativas geradas aos beneficiários (CANOTILHO, 2002, p. 624).

A confiança é um dos elementos que move as relações entre as pessoas e, em última análise, a própria sociedade. Fazer a ação com confiança é fazê-la dentro dos parâmetros do permitido.¹⁷

Segundo Luhmann, qualquer decisão deve estar baseada na confiança (LUHMANN, 1996, p. 20).¹⁸ Daí a importância de se buscar, a partir da confiança, a racionalidade dos sistemas e dos mecanismos de manutenção dos sistemas.

La confianza es racional con respecto a la función de aumentar el potencial de un sistema para la complejidad. (LUHMANN, 1996, p. 153)

A confiança não é a razão última do mundo, mas, uma concepção muito complexa e estruturada do mundo, não pode ser estabelecida sem uma sociedade definitivamente complexa, que, por sua vez, não pode ser estabelecida sem a confiança (LUHMANN, 1996, p. 162).

¹⁶ O princípio da proteção à confiança começou a se firmar a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956. O *leading case* trata da anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. Com a transferência, recebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício foi cassado, sob o argumento de que era ilegal, por vício de competência. O Tribunal, entretanto, sopesando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este deveria prevalecer, afastando a aplicação do outro. Cf. CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 11, nota 49.

¹⁷ "La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social." (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996, p. 20)

¹⁸ "La confianza es algo más que una suposición razonable sobre la cual decidir correctamente." (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996, p. 153)

Nesse liame, o Direito exerce um papel fundamental na organização da sociedade, ao buscar a tutela da confiança pela estabilização de expectativas contrafáticas (LUHMANN, 2002). Em outras palavras, para Luhmann, a importância da segurança jurídica está na própria identificação das funções que o Direito cumpre na sociedade:

Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta. (LUHMANN, 1983, p. 45)¹⁹

Assim, a operatividade do princípio da confiança nos remete às três funções do Estado (MAFFINI, 2006, p. 46-54):

1 — Em relação à função jurisdicional, podemos mencionar como exemplos de proteção da confiança os efeitos vinculantes de precedentes (súmulas vinculantes, art. 285-A do CPC e súmulas impeditivas de recursos).

2 — Em relação à função legislativa, pode-se mencionar a proibição de retrocesso. É o que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1946, resolveu chamar de “efeito *cliquet*”.

3 — Em relação à função administrativa:

a) Proteção substancial — é a preservação de condutas, efeitos, promessas, interpretações e atos da administração pública:

i. Por atos válidos;

ii. Por atos inválidos.

b) Proteção procedimental ou administração dialógica;

c) Pretensão ressarcitória em virtude da violação à confiança.

No que se refere especificamente ao princípio da proteção da confiança na seara constitucional, explica Canotilho que o

[...] cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 2002, p. 376)

Há, portanto, duas dimensões subjacentes à confiança: a) a relativa à estabilidade ou certeza do direito (a norma não pode ser arbitrariamente

¹⁹ Assim, fica fácil perceber que, apesar das críticas trazidas por Teubner (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.), o Direito, enquanto sistema autoreferenciado, não se esgota na incerteza e insegurança, mas, ao contrário, procura e deve sempre buscar garantir ao jurisdicionado a necessária segurança jurídica e a devida previsibilidade das decisões judiciais.

modificada, a não ser que existam motivos especialmente relevantes para fazê-lo); b) a atinente à previsibilidade (os jurisdicionados devem saber os efeitos jurídicos de seus atos).

Portanto, como corolário da proteção à confiança, a previsibilidade relete a necessidade de que os cidadãos tenham um conhecimento (prévio) das consequências jurídicas de suas condutas. No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode ou não fazer, é possível falar em previsibilidade do Direito.

Não bastasse isso, a segurança jurídica pode ser vislumbrada como direito fundamental. Este aspecto essencial será exposto a seguir.

4.3. Segurança como Direito Fundamental

A partir da Constituição da República de 1.988, não há dúvidas de que a segurança jurídica é, também, um direito subjetivo. Nesse sentido, sustenta Novelli que:

A segurança é direito fundamental, enquanto situação subjetiva protegida explicitamente pela Constituição [...] é evidente que a segurança que a Constituição protege não é só a segurança individual. É também, ou é até mesmo em primeiro lugar, a segurança do direito enquanto pressuposto e fundamento daquela outra. (NOVELLI, 1983, p. 164)

O STF, inclusive, já se manifestou sobre o tema:

5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).²⁰

Desse modo, erige-se a segurança jurídica em direito, não apenas com fundamento em sua íntima relação com o texto constitucional — no que concerne ao conteúdo e à ideologia —, mas como meio de consolidação do ordenamento jurídico.

Portanto, sabedores da nossa condição cada vez mais inseridos em contexto marcado pela incerteza (incerteza essa que, em determinado senti-

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685 / DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 22/03/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3685.NUME.%20OU%203685.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3685.NUME.%20OU%203685.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acessado em: 01/08/2009.

do, sempre será indicativo de insegurança)²¹, é certo afirmar que, no Direito Brasileiro, a segurança jurídica constitui valor, princípio e direito fundamental.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Segundo Heráclito, a imutabilidade não é um atributo das coisas: tudo muda e nada é permanente (HERÁCLITO, 1996, p. 16).²² O Direito, enquanto parte dessa realidade, segue inexoravelmente este destino (SARLET, 2006, p. 238).

A busca por segurança e por uma certa estabilidade das relações jurídicas constitui, contudo, aspecto fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título “de Direito”, sem olvidar da constante necessidade de adaptação do fenômeno jurídico à realidade que jurisdicaliza.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88), não restará suficientemente respeitada quando os jurisdicionados estiverem sujeitos a um tal nível de insegurança jurídica que não possam, com um mínimo de previsibilidade, confiar nas instituições e na estabilidade do ordenamento (SARLET, 2006, p. 240).

Em outras palavras, a efetiva proteção dos direitos fundamentais só se torna possível quando existir um mínimo de segurança e previsibilidade do Direito.

A compreensão do tema remete-nos ao questionamento acerca da possibilidade das conquistas jurídico-sociais serem preservadas e, portanto, se relaciona intimamente com a indagação acerca de o quão segura é a tutela dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 243).

Que tal questionamento está intimamente relacionado com a problemática da segurança jurídica não há dúvidas. Mas como evitar que a proteção e a segurança até então obtidas permaneçam asseguradas pela ordem jurídica, impedindo a sua supressão?

²¹ Nesse sentido, conferir: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

²² Tendo em vista os fins deste trabalho, não iremos aprofundar na investigação, sob pena de fazermos uma análise superficial do tema, mas incumbe registrar que ao ler os fragmentos, é possível perceber que a questão do conhecimento foi tematizada expressamente por Heráclito e que o mobilismo por ele defendido não era extremado.

Nesse sentido, o fragmento 12 de Heráclito tem a seguinte redação: “*Para os que entram nos mesmos rios, afluem sempre outras águas; mas do úmido exalam também os vapores.*” Por sua vez, o fragmento 49a sustenta que “*No mesmo rio entramos e não entramos; somos e não somos.*” Sobre o tema, recomendamos a leitura da seguinte obra: BATTISTINI, Yves. *Trois contemporains. Héralcrite, Parménide, Empédocle*. Paris: Gallimard, 1955.

O princípio da vedação do retrocesso, também conhecido como efeito “*cliquet*” ou princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais (QUEIROZ, 2006) aparece, nesses casos, como garantia do indivíduo frente aos avanços e à necessidade de mudança, ou seja, atua como meio de garantir um mínimo de continuidade no ordenamento jurídico, indispensável para assegurar de segurança jurídica e previsibilidade a um ordenamento em constante mudança.

À luz do ordenamento jurídico português, Canotilho sustenta que após a concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão dúplex — de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional —, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador. Assim, para o doutrinador português, os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante violação ao princípio da proibição do retrocesso. Qualquer medida em contrário, que venha a ameaçar o padrão de prestações já alcançado, será nitidamente inconstitucional (CANOTILHO, 2002, p. 474-475).

Para Jorge Miranda, o legislador não pode simplesmente suprimir as normas asseguradoras de direitos sociais, pois isto seria o mesmo que retirar das normas constitucionais toda a sua eficácia, em nítida violação ao princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (MIRANDA, 1990, p. 397).

Segundo Sarlet, a supressão do núcleo de tutela de um determinado direito social anteriormente alcançado afeta a própria dignidade da pessoa humana, sendo falacioso sustentar até mesmo que a medida se fundamenta na reserva do possível ou na separação dos poderes. Vejamos:

[...] mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível²³

²³ A plena realização dos direitos de segunda geração possui limites fáticos e jurídicos: a) os limites fáticos estão presentes em fatores econômicos, ou seja, na existência e quantidade dos recursos financeiros postos à disposição do Estado; b) os limites jurídicos definem-se tendo em vista a realização de outros direitos sociais e, principalmente, na garantia das liberdades individuais. Destarte, diante dessas limitações fáticas e jurídicas à sua efetivação, os direitos fundamentais encontram-se submetidos à *reserva do possível*. Nesse sentido, o STF, na ADPF nº 45, já decidiu pela aplicação da cláusula da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.

e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes. (SARLET, 2006, p. 243)

Cristina Queiroz, por sua vez, entende que o princípio da vedação do retrocesso é um limite material implícito do ordenamento jurídico, podendo ser vislumbrado sob dois aspectos diversos. Pelo aspecto negativo, o princípio da vedação do retrocesso impõe ao legislador, no exercício da criação normativa, a obediência ao grau de densidade normativa já alcançado pelos direitos fundamentais. Sob o aspecto positivo, o princípio da vedação do retrocesso atenta para a necessidade constitucional dos poderes públicos atuarem positivamente para a redução das desigualdades sociais e materiais, ou seja, não visa apenas à manutenção do que já foi alcançado (manutenção do *status quo*), mas objetiva também um avanço no processo de concretização dos direitos fundamentais (QUEIROZ, 2006).

No ordenamento jurídico nacional, a proibição de retrocesso resulta, segundo entendemos, do princípio da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais. Isto porque, além de estar incumbido de um dever permanente de concretização dos direitos fundamentais, não pode o legislador ordinário simplesmente suprimi-los ou restringi-los, de modo a invadir o núcleo essencial de tutela já alcançado para um determinado direito fundamental.²⁴

Em consequência, a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro limite material implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito, como pode assumir feição de corolário da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais e do direito à segurança jurídica (SARLET, 2006, P. 247).

E isso em qualquer situação, até mesmo quando se tratar de exercício do poder constituinte originário (CANOTILHO, 2002).

Na doutrina, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 146 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

²⁴ Note-se a relação direta existente entre o princípio da vedação do retrocesso e a Teoria dos Limites dos Limites. A Teoria dos Limites dos Limites sustenta que não existem direitos e garantias fundamentais de natureza absoluta, pelo que o legislador ordinário pode impor limites ao exercício desses direitos e garantias. No entanto, o poder da lei de impor limites não pode ser exercido fora de quaisquer parâmetros, haja vista que o legislador ordinário deverá respeitar o núcleo essencial desses institutos. Na feliz síntese de Dimoulis, “*Já se afirmou que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional. [...] A doutrina exprime essa constatação afirmando que a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações. Isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário.*” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.)

Fica claro, assim, que existe estreita relação entre o princípio da vedação do retrocesso e a busca pela segurança jurídica. Na feliz síntese de Sarlet:

Neste contexto, parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados e vencidos é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui — convém frisá-lo — uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado. (SARLET, 2006, p. 249)

A partir da constatação de que são indispensáveis a segurança jurídica e adaptação do direito à realidade social, exsurge, com um novo viés, um velho embate que não pode ser desconsiderado pelo jurista. Trata-se do embate entre a segurança e a (im)previsibilidade que, apesar de remeter às origens do Direito, deve ser (re)construído a partir de uma (re)leitura hodierna. É o que faremos a seguir.

6. DA SEGURANÇA JURÍDICA À (IM)PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A norma jurídica, por conter uma previsão genérica e abstrata, será sempre marcada por certa indeterminação, que só deixa de existir no momento em que proferida decisão judicial, ou seja, quando temos a norma de decisão.

As dissensões sobre qual deva ser a melhor interpretação da norma jurídica faz parte da natureza argumentativa do Direito, mas é essencial ao jurisdicionados que o Direito contenha um mínimo de previsibilidade (VIDAL, 2003).

Assim, o jurista deve perceber que a indeterminação na interpretação do Direito e a imprevisibilidade das decisões judiciais são conceitos distintos (VIDAL, 2003).

A indeterminação na interpretação do Direito é uma característica do fenômeno jurídico, o que não impede que o destinatário da norma saiba com antecedência o que deve fazer para agir conforme o Direito (VIDAL, 2003, p. 14).

De outra forma, a imprevisibilidade das decisões judiciais se refere às mudanças inesperadas nos entendimentos jurisprudenciais, afastando —

sem qualquer justificativa plausível — os precedentes até então existentes, de modo que a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto torna-se imprevisível (VIDAL, 2003, p. 14).

A objeção de que o Direito jamais poderia ser previsível é afastada não só pela doutrina, mas também pelas figuras jurídicas criadas pelo legislador.

No Brasil, a Ciência do Direito pretende superar a insegurança a partir da utilização de figuras jurídicas especificamente criadas com este objetivo, tais como a súmula vinculante, o incidente de uniformização de jurisprudência, o efeito vinculante ao controle concentrado de constitucionalidade, entre outros.

É oportuna a constatação de Recaséns Siches de que embora o Direito deva encarnar os valores da justiça e da dignidade humana, não se justificando sem que servisse satisfatoriamente a tais finalidades, deve também atentar para a irrefutável urgência de segurança na vida em sociedade (SICHES, 2000, p. 112).

A previsibilidade do Direito é uma exigência dos ordenamentos jurídicos modernos. Constrói-se a expectativa do comportamento alheio ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder prever as ações dos demais jurisdicionados. Nesse liame, conhecer o conteúdo das normas jurídicas e a posição dos tribunais corresponde a ter uma previsibilidade de como agir, atuar e se comportar (LUHMANN, 2002).

No mesmo sentido, Aarnio aponta a diretiva orientadora do comportamento dos tribunais como aquela idônea a possibilitar ao indivíduo uma organização de sua vida frente à previsibilidade dos acontecimentos:

[...] los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. (AARNIO, 1991, p. 26)

A segurança jurídica, nesse viés, é o mínimo de previsibilidade que o Estado de Direito deve oferecer ao cidadão a respeito de quais são as normas que deve observar. Baseado no conhecimento da norma, o cidadão poderá agir conforme o ordenamento, estabelecendo relações jurídicas válidas (VIDAL, 2003, p. 20).

Nesse liame, é preciso deixar claro que a imprevisibilidade não é um problema que afeta apenas os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, mas também o *Common Law*:

[...] i giudici si trovano oggi nei sistemi di civil law ad affrontare problemi analoghi a quelli di un judge — made law, ma senza il retroterra culturale dei paesi di common law. Infatti la produzione legislativa sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e

compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di “creatività” da parte del giudice. (FARALI, 2001, p. 628)

Para que haja previsibilidade, contudo, os casos concretos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade pode objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um cálculo de probabilidade das ações alheias.²⁵

Nesse sentido, para que uma decisão seja legítima, não basta que o juiz esteja convencido, mas deve o magistrado justificar a racionalidade da sua decisão. Em outras palavras, o aplicados do direito deve demonstrar as razões de seu convencimento, segundo os ditames do princípio do livre convencimento motivado²⁶, permitindo o controle da sua atividade pelas partes ou por qualquer interessado, uma vez que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio jurídico capaz de ser demonstrado racional e justificadamente. Em outras palavras, ainda que exista uma margem de indeterminação em todo processo hermenêutico, refletida no princípio do livre convencimento motivado, ela faz parte da própria natureza do fenômeno jurídico.

O que se deve evitar, contudo, é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica, devido ao fato do jurisdicionado não saber o que deve fazer para agir conforme o Direito.

²⁵ À luz do direito do jurisdicionado de conhecer as consequências prescritas pelo ordenamento, Luhmann define a norma como a expectativa de comportamento estabilizada contrafaticamente (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983). A previsibilidade do Direito tem como finalidade evitar o caos. A manutenção da ordem social e da paz se dá pelas normas sociais. Os sistemas sociais são, em verdade, modelos de conduta, contribuindo para a previsibilidade do Direito.

No Direito Penal, a pena, para o funcionalismo radical de Jakobs, reflete uma reafirmação das expectativas normativas: “A pena é a demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente.” (JAKOBS, Strafrecht. *Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2a edição. Berlin/New York: DeGruyter, 1993, § 1/3.) Portanto, a imposição da pena visa reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função justamente assegurar uma dada expectativa, a pena terá a função de assegurar o cumprimento da norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta, a expectativa.

²⁶ Há três sistemas de avaliação das provas: o das *provas legais*, o do *livre convencimento* e o da *persuasão racional*. No sistema das *provas legais*, o valor das provas é prefixado na lei (ex. testemunha única nada prova). No sistema do *livre convencimento*, o juiz não precisa motivar seu convencimento (ex. júri). E, no sistema da *persuasão racional*, o juiz forma livremente seu convencimento, mas com as restrições decorrentes da exigência de formá-lo com base nas provas produzidas nos autos e de apontar seus fundamentos. É o sistema adotado no Brasil, não sem algumas concessões aos demais sistemas. Dispõe o artigo 130, do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Sobre o tema, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Concluindo, Haba deixa claro que a previsibilidade aproxima-se dos ideais de racionalidade e de razoabilidade. Isso porque o magistrado, em suas escolhas, pode ter uma maior ou menor liberdade para decidir o caso:

De ahí que unos, partidarios de los procedimientos tradicionales en el derecho, que otorgan (ide hecho!) un alto grado de libertad al juez, prefieren darle un sentido muy amplio a la idea de racionalidad, o cuando menos vincular esos procedimientos a otro término prestigioso: lo razonable. Mientras que otros, como el autor de este artículo, sin tanta confianza en la «sabiduría» de los jueces, se sienten inclinados más bien a poner el acento en la diferencia entre lo racional y lo razonable, vale decir, a llamar la atención sobre el importante coeficiente de arbitrariedad, o por lo menos de incertidumbre, que caracteriza a esta última clase de razonamientos. Los alegatos en favor de uno u otro de dichos conceptos, o de una u otra definición para cualquiera de esos términos, al fin de cuentas no son otra cosa que el reflejo de tales o cuales preferencias em materia de política jurídica, una façon de hablar acerca de ésta. Pedir que el derecho sea racional, en el sentido apuntado, es pronunciarse en favor de la mayor previsibilidad (seguridad) posible de las decisiones judiciales. (HABA, 1992)²⁷

6.1. A reação à previsibilidade do Direito: a Escola Realista Americana

A escola realista americana teve como principais expoentes Jerome New Frank e Karl Llewellyn.

O realismo extremado desenvolve uma desmistificadora análise psicológica da função judiciária, com o objetivo de provar a presença de fatores irracionais na decisão. A sentença judicial, segundo seus defensores, não seguiria um processo lógico (das premissas à conclusão), mas um processo psicológico (da conclusão à procura de premissas).

Para os defensores do realismo, há razões emocionais que estariam sempre a orientar os julgamentos. A Ciência do Direito seria uma simples aposta sobre o que decidirão os juízes (FRANK, 1985).

²⁷ Dissertando especificamente sobre a previsibilidade, aduz Caracciolo que “Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo (racionalidad), modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional. En este sentido, la propiedad ‘predecible’ es presentada como una condición necesaria de la propiedad ‘racional’. [...] Parece claro que esta exigencia depende de otra, cual es la de que tales decisiones tienen que tener su fundamento en el derecho «vigente» en tanto éste constituye un sistema de normas generales. Ello porque el conocimiento de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación. De aquí la conocida tesis de Max Weber que asocia la racionalidad del derecho moderno con su carácter sistemático. (...) [Sin embargo], la ‘predecibilidad’ es presentada como una condición necesaria pero no suficiente, esto es, pueden existir decisiones irracionales predecibles.” (CARACCILO, Ricardo Alberto. Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. *Doxa*. Universidad de Alicante, n. 4, p. 145-151, 1987, p. 145).

Nesse sentido, sustenta Frank que as sentenças judiciais são produto de conclusões previamente formuladas (FRANK, 1985, p. 101) e que as “decisões estão baseadas nos impulsos do juiz” (FRANK, 1985, p. 104), extraídos fundamentalmente não das leis e dos princípios gerais de direito, mas sobretudo de fatores individuais, “...mais importantes do que qualquer coisa que pudesse ser descrita como pré-juízos políticos, econômicos ou morais” (FRANK, 1985, p. 105).

Segundo Frank, a personalidade do juiz constitui fator decisivo no processo de tomada de decisão. Para que exista previsibilidade no Direito, é necessário que todos os juízes sejam iguais. Mas isso é aconselhável? Não para o jurista americano, pois, para se alcançar a justiça no caso concreto, basta que os juízes sejam inteligentes e sensíveis — o que gera menos previsibilidade e segurança (SICHES, 1956, p. 101).

A dimensão de incerteza no Direito não é um mal, tornando possível o progresso e a evolução do ordenamento jurídico. O desejo de um Direito estável, de uma “ilusória certeza jurídica”, representa um complexo de origem infantil, qual seja, o de não ter superado a necessidade de um pai autoritário. Para Frank, as pessoas buscam no Direito, inconscientemente, um sucedâneo à firmeza que, quando crianças, tinham na figura do pai (SICHES, 1956, p. 104).

Assim, a Escola Realista entende que a sentença deve se apegar menos à norma e mais à humanidade do julgador — o que implica em uma segurança jurídica precária, mas promove a constante evolução do Direito.

Bobbio, contudo, faz uma crítica categórica à visão realista sustentada por Frank. Segundo o jusfilósofo italiano, a segurança jurídica é um elemento intrínseco ao Direito, pois ou o Direito é certo ou não é sequer Direito. Ao se retirar do Direito a previsibilidade, não se libera a humanidade de uma ilusão, mas estar-se-ia acabando com a própria noção de Direito (BOBBIO, 1951).

Qual seria, portanto, a previsibilidade a ser buscada na aplicação do Direito? Este o enfoque do próximo tópico deste trabalho.

6.2. A diversidade de decisões judiciais e o papel da jurisprudência na garantia da segurança jurídica: questionando a previsibilidade do Direito

Na aplicação do direito, não restam dúvidas de que juízes diferentes proferem decisões contrárias em casos de considerável semelhança. E assim o é porque o ordenamento jurídico confere ao julgador a função de decidir, de

aplicar o Direito, com uma ampla margem interpretativa: o “decision-making process” ou a “situação de tomada de decisão”.

Nesse sentido, é fácil mencionar inúmeras hipóteses em que as decisões judiciais são contraditórias, ocasionando a imprevisibilidade do Direito.

No Processo Civil, por exemplo, a contradição pode ser vista no questionamento acerca da possibilidade de extinção da execução em razão do abandono da causa pelo autor, nos termos do art. 267, III, do CPC. Se por um lado sustenta-se a impossibilidade de extinção do processo de execução com base no art. 267, III, do CPC, com fulcro no art. 794, do mesmo diploma legal (o qual disporia, taxativamente, as formas admitidas para a extinção do processo de execução), por outro se sustenta a admissibilidade da extinção da execução pelo abandono da parte autora, com fulcro no art. 598 do CPC.

A diferença entre as duas posições está no fato de que, enquanto o primeiro interpreta restritivamente o artigo 794, do CPC, a outra confere uma interpretação extensiva ao mesmo dispositivo legal.

No âmbito deste trabalho, é indiferente saber se a decisão é correta; preocupa-nos o fato de que a contradição mencionada não se enquadra no conceito de *hard case*, mas ainda assim comporta decisões distintas. Mais intrigante é perceber que uma mesma ministra (Eliana Calmon) extingue um processo aplicando o art. 267, III, do CPC e, noutra ação de execução, sentença proferindo a inadmissibilidade da extinção do processo de execução pelo abandono da parte autora, quando cita o art. 794, desse mesmo diploma legal. Vejamos:

STJ — PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — APLICAÇÃO DO ART. 267, III E § 1º DO CPC. 1. A sanção processual do art. 267, III e § 1º aplica-se subsidiariamente à FAZENDA quando deixa de cumprir os atos de sua alçada. 2. Recurso improvido. (REsp 56800 / MG — DJ 27/11/2000 p. 150 — Relatora: Eliana Calmon)

STJ — PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — ABANDONO DA CAUSA PELO AUTOR — ART. 267, § 1º, DO CPC — EXTINÇÃO DO PROCESSO — DECRETAÇÃO DE OFÍCIO — IMPOSSIBILIDADE. 1. Não pode haver a extinção do processo de ofício em virtude do abandono da causa pelo autor (art. 267, § 1º), sendo necessário requerimento do réu nesse sentido. Súmula 240/STJ. 2. Recurso especial provido. (REsp 641793 / PB — DJ 19/09/2005 p. 276 — Relatora: Eliana Calmon)

Na seara penal, citemos como exemplo a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07.²⁸ Por se tratar de norma mais benéfica, o conflito entre a quinta

²⁸ Lei 11.343/07, Art. 33, § 4º — “Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de

e a sexta turmas do STJ reflete a situação de instabilidade que se implantou no entendimento da corte sobre o tema, levando à descrença no Poder Judiciário.²⁹

STJ — HC 96242 / SP — 5ª Turma — PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA.

STJ — AgRg no HC 98215 / SP — 6ª turma — A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas. O aludido dispositivo deve incidir sobre a pena aplicada com base na Lei nº 6.368/1976, reduzindo-a de 1/6 a 2/3, podendo resultar reprimenda inferior ao limite de 1 ano e 8 meses.

Ainda na seara criminal, o STF já se manifestou a favor e contra a aplicação do princípio da insignificância no crime de uso de entorpecentes por militares:

AÇÃO PENAL. Crime militar. Posse e uso de substância entorpecente. Art. 290, cc. art. 59, ambos do CPM. Maconha. Posse de pequena quantidade (8,24 gramas). Princípio da insignificância. Aplicação aos delitos militares. Absolvção decretada. HC concedido para esse fim, vencida a Min. ELLEN GRACIE, rel. originária. Precedentes (HC nº 92.961, 87.478, 90.125 e 94.678, Rel. Min. EROS GRAU). Não constitui crime militar a posse de ínfima quantidade de substância entorpecente por militar, a quem aproveita o princípio da insignificância. (HC 94583 / MS — MA-

direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

²⁹ Urge frisar que, segundo Canaris, as “quebras no sistema” decorrentes das contradições de valores são inevitáveis, o que não constitui um obstáculo intransponível para a sistematização do Direito, pois o próprio sistema dispõe de métodos de eliminação dessas contradições, que devem ser aperfeiçoados na busca pela segurança jurídica. As quebras no sistema decorrentes de contradições de valores faz com que “a formação de um sistema completo (ideal) numa determinada ordem jurídica permaneça sempre um objetivo não totalmente alcançado”. (CANARIS, 1996, p. 199-200)

TO GROSSO DO SUL — Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO — Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma — DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008)

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar portando, para uso próprio, pequena quantidade de entorpecentes. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. (HC 94524 / DF — DISTRITO FEDERAL — Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma — Publicação DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008)

Na busca pela previsibilidade das decisões judiciais, o STF passou a adotar a teoria do fato consumado. Do voto do Ministro Bilac Pinto no Recurso Extraordinário 85.179/RJ (RTJ 83/921), conclui-se que, para a teoria do fato consumado,

[...] se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quanto a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de *fato* revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência *do* Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.

Ainda na busca pela segurança jurídica, o STF já se manifestou acerca da contribuição indispensável das súmulas à previsibilidade das decisões judiciais. No que concerne às súmulas de efeito vinculante, tomando como base o princípio do *stare decisis*, resta claro que, se por um lado receberam inúmeras críticas da doutrina nacional por restringirem o princípio do livre convencimento motivado do juiz, possibilitam ao jurisdicionado saber de antemão o comportamento que lhes é permitido ou proibido, contribuindo para a previsibilidade das decisões judiciais — embora não sejam respostas prontas e acabadas para a necessidade de controle do poder criativa do julgador.

Não há dúvidas de que a decisão deve seguir o ordenamento jurídico, mas isso não é suficiente para que se chegue à “decisão correta”. Em outras palavras, as súmulas vinculantes não representam, em si, uma solução definitiva para o problema da previsibilidade do Direito. A adoção irrestrita desse tipo de súmula, a despeito de estar servindo pretensamente à causa da segu-

rança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada concepção de segurança jurídica, a qual nem sempre é legítima.

Por este motivo, é fácil concluir que a busca pela previsibilidade encontra respostas em outro plano: o da argumentação. Isso porque a decisão judicial exige fundamentação que recaia em pontos que possam ser racionalmente expostos. Diante da situação de tomada de decisão, outra saída não há senão a construção subjetiva do intérprete, baseada em argumentação legítima. Eis aí o cerne da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito: uma argumentação convincente e legítima, formal e materialmente.

A previsibilidade do Direito que se pode e se deve buscar na sociedade contemporânea, caracterizada por um Direito que se apresenta como entidade dinâmica, em um processo de formação perpétua, reside na possibilidade de se obter a solução de cada caso por meio de um procedimento argumentativo que faça com que a solução, ainda que não seja a única possível, possa ser reconhecida como legítima e não arbitrária, uma vez que baseada em uma argumentação coerente como os princípios constitucionais em que se funda a decisão.

O que legitima a aplicação do Direito não é a decisão em si, mas o processo de elaboração e aplicação da norma ao caso concreto. Em outras palavras, a norma deve ser legítima, formal e materialmente, em seu processo de elaboração e aplicação.³⁰

Em suma, a previsibilidade das decisões judiciais só se torna possível ao se estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever do magistrado e que a decisão deve ser passível de universalização, respeitando os precedentes existentes e legitimando-se (pela forma e pelo conteúdo) na racionalidade que a embasa.

7. CONCLUSÃO

No decorrer da história, percebe-se que o fenômeno jurídico se mostra como um pêndulo: ora tendendo para uma maior previsibilidade, ora para uma maior imprevisibilidade.

³⁰ Nesse sentido, é importante ressaltar que *“A legitimidade exigível na forma diz respeito a quem elabora a norma ou pratica o ato e como o consenso pode ser obtido na elaboração da norma ou na realização do ato. Na democracia, o consenso deve resultar da participação e da expressão da maior pluralidade possível de segmentos sociais. A legitimidade quanto ao conteúdo revela-se no dever de a norma ou o ato não contrariarem o senso comunicante do que é juridicamente ‘devido’ na democracia, qual seja, o senso do justo-jurídico. Entretanto, na sociedade plural e complexa, o senso do juridicamente devido é a tolerância à diferença”* (OLIVEIRA, 2013, p. 314.)

Contudo, com o intuito de tornar possível a convivência social, é preciso garantir ao jurisdicionado uma esfera mínima de previsibilidade.

No paradigma do Estado Democrático, espera-se que o Direito seja caracterizado pela estabilidade e pela predeterminação. Em que pese tratar-se de uma utopia, não há dúvidas de que um mínimo de previsibilidade deve ser assegurado, evitando-se a existência de decisões contraditórias que impliquem no revolvimento dos sustentáculos do ordenamento jurídico.

A criatividade que se preconiza para o intérprete não afasta a segurança jurídica, na medida em que a solução apresentada deve encontrar amparo no ordenamento.

No mesmo sentido, a segurança jurídica e a justiça não podem ser vislumbradas como esferas estanques. O desejo por segurança jurídica é também um desejo de justiça: o aplicador deve buscar o equilíbrio entre os corolários do Direito.

Apesar da insegurança fazer parte de nossa história, é preciso que a doutrina busque novos caminhos para ampliar as pequenas ilhas de certezas, o que só pode ser obtido a partir de uma adequada e legítima fundamentação e aplicação de normas (também legítimas) pela decisão judicial. O exercício da jurisdição deve servir para o controle da interpretação e da responsabilidade dos juízes (STRECK, 2004).

Exsurge, assim, a trilogia fundamental: previsibilidade, segurança jurídica e tutela dos direitos fundamentais se implicam e se relacionam de maneira tal que estudar uma dessas manifestações requer imediatamente um mergulho nas outras, sob pena de se desvirtuar o estudioso dos próprios fins do Direito.

Não é certo quão longe os investimentos nesses campos nos levarão. Mas é certo que nós não iremos a lugar algum se os evitarmos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ÁVILA, Humberto B. (Org.). **Almiro do Couto e Silva e a re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos**. Brasília: R. CEJ, n. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**. [on line]. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> Acessado em: 20/02/2007.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Roma, Fasc. I, 1951.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Comunnautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2002.

CARACCILOLO, Ricardo Alberto. Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. **Doxa**. Universidad de Alicante, n. 4, p. 145-151, 1987, p. 145.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FARALLI, Carla. Il diritto alla certezza nell'età della decodificazione. **Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino**. Cedam: Padova, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. Torino: Gianppichelli, 1995.

FRANK, Jerome New. **Law and the modern mind**. Birmingham: The John D. Lucas Printing Company, 1985.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABA, Enrique P. Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? **Doxa**. Alicante, n. 7, 1992.

HERÁCLITO. Fragmentos. In: **Os Pensadores**: Os pré-socráticos. Tradução de José Cavalcante de Souza. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil — constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 457-466.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 1996.

_____. **El Derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. São Paulo: Vozes, 2009.

_____. **Sistema jurídico y dogmatica jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto B. (Org.). **Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Brasília: R. CEJ, n. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Hermenêutica jurídica**: interpretação das leis e dos contratos. 2002. Tese (Doutorado em Direito) —

Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, vols. II e IV, 1990.

NOVELLI, Flávio Bauer. Segurança dos direitos individuais e tributação. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n. 25-26, 1983.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição Juridicamente Adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1994.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

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, v. 57, p. 237-249, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del Derecho**. 13ª ed. México: Editorial Porrúa, 2000.

_____. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

VIDAL, Marcelo Furtado. **A interpretação e o (im)previsível**: estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1964.