



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (*STRICTO SENSU*)

LEONARDO JORGE SALES VIEIRA

**ANÁLISE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE
ABERTURA COGNITIVA DO DIREITO AO AMBIENTE SOCIAL**

FORTALEZA

2015

LEONARDO JORGE SALES VIEIRA

**ANÁLISE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE
ABERTURA COGNITIVA DO DIREITO AO AMBIENTE SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ciências Sociais aplicadas.

Orientador: Prof. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- V658a Vieira, Leonardo Jorge Sales.
 Análise da (in)segurança jurídica no Brasil: uma proposta de abertura cognitiva do direito ao ambiente social / Leonardo Jorge Sales Vieira. – 2015.
 115 f. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
 Área de Concentração: Ciências Sociais Aplicadas.
 Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.
1. Teoria dos sistemas. 2. Garantia (Direito) - Brasil. 3. Hermenêutica (Direito) – Brasil. I. Campos, Juliana Cristine Diniz (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

LEONARDO JORGE SALES VIEIRA

**ANÁLISE DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE
ABERTURA COGNITIVA DO DIREITO AO AMBIENTE SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ciências Sociais aplicadas.

Orientador: Prof. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

Aprovada em: 28/09/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UNICHISTUS)

Dedico este trabalho aos meus pais, Arsênio e Regina (sem quem nada), e à minha esposa, Isabel (por quem tudo) com amor e gratidão.

AGRADECIMENTO

Aos professores e à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, pela dedicação e brilhantismo na (re)construção diária do curso e pelos ensinamentos proporcionados durante essa jornada de crescimento pessoal e profissional.

Às queridas secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Marilene Arrais e Heloísa de Paula, pela atenção, acessibilidade, cordialidade e carinho sempre utilizados no trato com todos, o que fortalece ainda mais o curso e torna a nossa formação mais agradável.

À minha orientadora, Professora Juliana Cristine Diniz Campos, pela solicitude, atenção, auxílio e incentivo que sempre me dispensou no aprofundamento da pesquisa e na conclusão deste trabalho.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), a qual, durante grande parte do período do mestrado, apoiou-me financeiramente no desenvolvimento de pesquisas, por meio da concessão de bolsas de estudo.

A todos os colegas de curso, pelos inúmeros debates e pela troca de experiências e de materiais, em especial, aos amigos Samira Macêdo Pinheiro de Amorim, José Evandro Alencar Correia, Thales José Pitombeira Eduardo, Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior, Rafael Domingos Acioly Nunes, com os quais compartilhei mais intensamente todos os anseios e dúvidas enfrentados no transcorrer do Mestrado.

À minha amiga e sócia, Raissa Neves Milério, pelo incentivo e companheirismo dedicados a mim, sempre, com muito bom humor.

Aos meus sogros, Francisco Teixeira de Sousa e Maria Lúcia de Almeida pelo amor e aconchego que a família proporciona e por serem exemplos de cidadãos corretos, inspirações de condutas fraternais, solidárias, humildes, éticas e responsáveis. Pelo apoio emocional durante o mestrado e pelo constante e precoce incentivo à realização de um futuro doutorado.

Aos avós, tios, primos e cunhados que se fazem presentes diariamente em minha vida, transbordando confiança no meu trabalho e participando dos momentos de grande importância na minha vida acadêmica, profissional e pessoal, sempre me aplaudindo e me aconselhando maneiras de melhorar, como se espera de uma família unida.

À minha querida irmã, Marília Nenilde Sales Vieira, por sempre me acompanhar, torcer por minhas vitórias, pela amizade e confiança e por ser um grande exemplo de mulher,

além de torna-se, para sempre, o meu maior vínculo com uma infância extremamente feliz e com a família.

Ao meu cunhado, Rafael Guimarães Vianna, pela amizade, pelo incentivo e por torcer tanto pelo meu sucesso.

Ao meu irmão, Eduardo Jorge Sales Vieira (*in memoriam*), pelo maior exemplo de vida que pude receber, por lutar incansavelmente do primeiro ao último minuto de sua trajetória pelo maior dom de todos: a vida. Por contribuir significativamente para a formação do meu caráter e pelo genuíno amor compartilhado durante treze anos.

Ao meu pai, Arsênio Jorge Flexa Vieira, pelo privilégio e honra de me fazer seu filho; por ser, desde o início, mais do que se espera de um pai, pelo carinho e compreensão, pela amizade sincera, pelo exemplo de simplicidade, inteligência, ética e eficiência em tudo o que faz, por ser o advogado que um dia quero ser, por ser meu mestre, meu professor, meu porto seguro e minha bússola, por me amar tanto.

À minha mãe, Regina Gláucia Frota Sales Vieira, pelo exemplo de mulher íntegra e justa, pela educação que me proporcionou, pelo apoio nos estudos, pelo cuidado, por ser sempre uma mãe exemplar, presente, parceira e linda, por me banquetear diariamente com sua ternura e com seu amor incondicional.

Ao meu grande amor, Isabel Teixeira de Almeida Vieira, que acompanhou o sonho do Mestrado desde o início e acreditou em todos os momentos que eu poderia realizá-lo, não permitindo que eu desistisse em um só momento, mesmo quando a dúvida e hesitação de mim se aproximaram, que me apoiou de maneira extraordinária na execução deste trabalho, seja levantando válidos questionamentos sobre o texto, seja me auxiliando nas minhas demais atividades pessoais e profissionais para que minha dedicação e foco fossem direcionados ao máximo para este trabalho, que aceitou meus diversos momentos de ausência e isolamento destinados ao estudo com seu olhar carinhoso, sua paciência, sua compreensão e seu amor, fazendo-me reviver os votos matrimoniais a cada novo dia.

A Deus, todo poderoso, pelas bênçãos, pela força e pelos dons da vida e da fé e por sempre me acompanhar e se fazer presente em minha vida.

“No fim nós estamos de acordo: nós queremos fundamentos de um Direito seguro, seguro contra ingerência da arbitrariedade e injusta disposição.”
(Friedrich Carl von Savigny)

RESUMO

A segurança jurídica é um princípio que deve ser observado e respeitado por todos os Poderes da Federação, assim como um valor norteador a ser perseguido e concretizado tanto pelo Poder Público (*lato sensu*), quanto pela sociedade civil. Este trabalho propõe abordar a segurança jurídica à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a fim de torná-la mais efetiva. Como ponto de partida, analisa-se sua natureza jurídica, além de abordar o necessário esforço hermenêutico no intuito de expandir seu sentido para além da literalidade expressa na Constituição. A base teórica que se utiliza para defini-la tem como fundamento principal a doutrina de Humberto Ávila e da necessária abordagem do tema sobre seu aspecto estático e dinâmico. Será visto, de forma objetiva, a abordagem hermenêutica praticada a partir do positivismo jurídico clássico até a chamada nova hermenêutica constitucional, assim como suas repercussões no ordenamento jurídico vigente e a forma como eles atingem a segurança jurídica. O trabalho abordará, ainda, como a indeterminabilidade e a falta de critério das decisões judiciais contribuem de forma significativa para a insegurança do sistema jurídico. Por fim, através da Teoria dos Sistemas identifica-se o Direito como um sistema social autopoiético e autorreferencial, caracterizado pela sua clausura operacional, não obstante a possibilidade de sua abertura cognitiva ao ambiente social. Através dessa abordagem luhmanniana, que rechaça de forma veemente o isolamento de um sistema em relação aos demais e ao ambiente, e que se apoia no acoplamento estrutural para definir a interação dos sistemas, acredita-se que as influências externas ao Direito podem (e devem) ser consideradas pelo sistema jurídico sem, contudo gerar instabilidade, insegurança ou submissão do Direito pela sociedade ou por outros sistemas que a compõe, a exemplo da economia e da política. Para tanto, utiliza-se o método explicativo e o explanatório, realizando-se pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Teoria dos Sistemas. Abertura cognitiva. Segurança social.

RÉSUMÉ

La sécurité juridique est un principe qui devrait être observé et respecté par tous les pouvoirs de la Fédération, telle une valeur de référence poursuivie et mise en œuvre à la fois par le gouvernement (au sens large), et par la société. Cette thèse aborde la sécurité juridique d'après la théorie des systèmes de Niklas Luhmann, afin de la rendre plus efficace. Comme point de départ, elle analyse la nature juridique, en plus de répondre à la nécessité d'un critère herméneutique afin de développer son sens au-delà du littéral exprimé dans la Constitution. La base théorique qui est utilisée pour la décrire repose principalement sur la doctrine de Humberto Avila et sur l'approche nécessaire pour aborder le sujet sur son aspect statique et dynamique. On le verra de manière objective, l'approche herméneutique adoptée dans le positivisme juridique classique jusqu'au nouvel appel constitutionnel de l'herméneutique, ainsi que son impact dans le cadre juridique actuel et comment la sécurité juridique en a été affectée. Cet ouvrage porte également sur l'indétermination et le manque de discrétion des décisions des tribunaux qui contribuent de manière significative à l'incertitude du système juridique. Enfin, grâce à la théorie des systèmes qui identifie la loi comme un système autopoïétique et autoréférentiel caractérisé par sa clôture opérationnelle, malgré la possibilité d'ouverture cognitive à l'environnement social. Grâce à cette approche de Luhmann, qui rejette avec véhémence l'isolement d'un système par rapport à d'autres et de l'environnement, et qui s'appuie sur le couplage structurel pour définir l'interaction des systèmes, il est estimé que les influences extérieures du droit peuvent (et doivent) être examinées par le système juridique, sans toutefois conduire à l'instabilité, l'insécurité ou la soumission du droit par la société ou par d'autres systèmes qui le composent, tels que l'économie et la politique. Pour cela, est utilisée la méthode explicative et est effectuée des recherches bibliographiques et documentaires.

Mots-clés: la sécurité juridique. La théorie des systèmes. Ouverture cognitive. Sécurité sociale.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL	16
2.1	Natureza jurídica e aspectos gerais sobre a segurança jurídica	16
2.2	Dimensão Estática e Dimensão Dinâmica da segurança jurídica	21
2.2.1	<i>Dimensão Estática</i>	21
2.2.2	<i>Dimensão Dinâmica</i>	23
2.2.2.1	<i>O requisito da confiabilidade: a permanência de algo que ocorreu no passado</i>	25
2.2.2.2	<i>O requisito da calculabilidade: a esperança de que aquilo que se realiza hoje perdure no futuro</i>	27
2.3	Segurança jurídica e proteção da confiança frente aos Poderes da Federação	28
2.3.1	<i>O Poder Legislativo e a mudança legislativa</i>	29
2.3.2	<i>O Poder Executivo e a alteração do ato administrativo</i>	31
2.3.3	<i>O Poder Judiciário e a mudança jurisprudencial: a questão dos precedentes judiciais</i>	34
3	HERMENÊUTICA JURÍDICA E PROTAGONISMO JUDICIAL: A BUSCA POR SEGURANÇA	43
3.1	As transformações das teorias de interpretação do Direito	43
3.2	(Im)previsibilidade das decisões judiciais como fator de (in)segurança jurídica	58
3.2.1	<i>Segurança jurídica e voluntarismo judicial</i>	59
3.2.2	<i>Micro justiça versus macro justiça</i>	65
3.2.3	<i>Instabilidade jurídica e as suas conseqüências no âmbito econômico, político e social</i>	68
4	AMPLIAÇÃO DA IDEIA DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA A IDEIA DE SEGURANÇA SOCIAL	
4.1	<i>A recepção pelo direito da teoria dos sistemas segundo a perspectiva de Niklas Luhmann</i>	74
4.2	<i>O desenvolvimento da segurança jurídica à luz das contribuições da Teoria dos Sistemas de Luhmann</i>	86
4.3	<i>Resquícios de um sistema jurídico retrógrado: considerações à práxis jurídica nacional</i>	90

4.4	<i>Sinais de aplicação da Teoria dos Sistemas autopoéticos no Direito brasileiro</i>	96
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
	REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

Para que se possa compreender a proposta deste trabalho é fundamental que se defina, de forma preliminar, em que termos se propõe a análise do instituto da segurança jurídica. Isso porque, trata-se de expressão plurissignificativa, e que mesmo através da ótica estritamente jurídica o termo pode ser entendido de acordo com diversas linhas de raciocínio. Alguns a consideram como princípio, outros como norma de direito subjetivo, dentre outros. Para evitar divagações equivocadas, deve-se deixar claro o real sentido que este trabalho pretende analisar este instituto.

Inicialmente, a ideia de segurança jurídica, segundo a proposta deste trabalho, está diretamente ligada à previsão que os membros da sociedade têm em relação à estabilidade e à previsibilidade do Direito (ainda que mínima), entre outros. A ideia de segurança, em sentido amplo, é contemporânea à própria história da humanidade, pois o homem, de certa maneira, os animais de modo geral, tendem a se proteger e se defender para que possam sobreviver e perpetuar as espécies. Assim, a segurança é uma busca constante em toda e qualquer atividade humana e em qualquer época, busca-se segurança nos relacionamentos intersociais, no trabalho, no lazer e não poderia ser diferente no âmbito jurídico. Para que uma ordem jurídica ofereça credibilidade tem de haver o mínimo de segurança a ser ofertada.

Com a formação do Estado Moderno, inicialmente com a monarquia absolutista, houve a concentração de poder na figura do Estado. A vida em sociedade passou a ser regida com base no contrato social, através do qual as pessoas abriam mão de parte de sua liberdade individual em benefício da segurança coletiva. Essa limitação da liberdade significa que os interesses particulares estão abaixo dos interesses coletivos, de forma que o Estado através de sua força soberana pode impedir determinados atos individuais que prejudiquem o bem comum.

A segurança jurídica, em última análise, confunde-se com o próprio conceito de Direito, que surge como uma ferramenta do Estado para legitimar suas ações e oferecer previsibilidade (em certa medida) e certeza dos seus atos. Segurança é um valor constitutivo do Direito. A existência de um pressupõe a do outro.

Assim, o Direito pode ser considerado, de forma perfunctória, como um conjunto de regras e de comportamentos que regulam as ações e as atividades dos homens. Esse conjunto de regras, entre outras funções, busca uma padronização de comportamentos

humanos aceitáveis ou desejáveis, e garante, em última análise, a sobrevivência harmoniosa da sociedade.

Pelo que foi apresentado, ratifica-se que há uma coincidência de alguns elementos e objetivos nos conceitos de Direito e de segurança jurídica. Nota-se que ambos buscam, entre outros, a estabilidade, a garantia e a previsibilidade. Diante desta concepção, até se confundem, pois o Direito surge, também e principalmente, como um elemento garantidor da segurança, e a segurança jurídica é justamente o valor ou o princípio a ser buscado e concretizado como forma de realização da finalidade a que se propõe o Direito.

Contudo, a busca pela concretização da segurança jurídica e, conseqüentemente, da finalidade do Direito, não pode ser estanque nem, muito menos, ser realizada da mesma forma a toda e qualquer comunidade jurídica. Deve, ao contrário, sofrer adaptações para que possa se moldar à realidade fática de cada momento histórico e se aperfeiçoar às peculiaridades de cada sociedade e à ordem jurídica onde venha a ser implementada, pois assim se garante maior efetividade e concretização.

O constitucionalismo vem passando por um período de mudanças significativas, nos Estados Democráticos de Direito, iniciados nos países europeus e, posteriormente, difundido a outras nações como é o caso do Brasil. Aponta-se que estas mudanças no constitucionalismo europeu e brasileiro têm como referência, alguns marcos de importância fundamental, entre eles: o marco histórico (com o fim da segunda grande guerra), o teórico (a exemplo da força normativa da Constituição) e o filosófico (advento do pós positivismo). Através destes marcos, houve uma ruptura do paradigma constitucional até então vigente e o surgimento do constitucionalismo contemporâneo que atribuiu um novo papel para a Constituição, o que, por sua vez, foi responsável por diversas e significativas mudanças jurídicas e, sociais, como, por exemplo, o papel de protagonista desenvolvido pelo Poder Judiciário frente aos demais Poderes da Federação, conforme será visto.

Nesse sentido, percebe-se o papel fundamental que a hermenêutica jurídica, em especial a hermenêutica constitucional, vem exercendo no processo de compreensão e aplicação do Direito. Da mesma forma, a evolução da hermenêutica jurídica ao longo dos séculos e, mais especialmente, a partir do segundo pós-guerra, influencia diretamente a maneira como o Direito lida com valores filosóficos que lhe são intrínsecos como a justiça, a verdade, a certeza e a segurança.

Já no segundo capítulo, para que não haja maiores digressões interpretativas sobre o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja a segurança jurídica, e não obstante

haver um verdadeiro embate intelectual na doutrina constitucional acerca da definição do seu significado, busca-se, inicialmente, uma melhor definição do seu conteúdo ante aos fins que se propõe analisar. Assim, ressalta-se seu conceito, natureza jurídica, a postura dos Poderes da Federação frente à ideia de segurança jurídica e, ainda, um panorama geral sobre sua efetivação / eficácia em território nacional.

No capítulo seguinte, procura-se demonstrar o papel da hermenêutica constitucional em busca de segurança e de racionalidade. Propõe-se este estudo, através de uma rápida análise de sua evolução e principalmente a demonstração da importância da utilização de uma hermenêutica bem desenvolvida no combate aos voluntarismos judiciais que, infelizmente, surgem com o fenômeno do ativismo judicial e prejudicam sobremaneira a confiança da sociedade na resposta útil e eficaz que o Direito pode lhe apresentar. Em outras palavras, esses voluntarismos judiciais, assim como outras ingerências arbitrárias, abalam a ideia de segurança que o sistema jurídico propõe oferecer aos cidadãos.

Contudo, após a análise dos temas propostos até então e frente à constatação de que a segurança jurídica, pelo menos nos moldes atuais, apresenta-se mais como uma ficção jurídica, um eterno dever-ser, do que um direito fundamental de aplicabilidade imediata. Propõe-se a ampliação da ideia de segurança jurídica para ideia de segurança social. Esta substituição proposta no capítulo quarto, longe de ser apenas um “jogo de palavras”, visa observar o Direito por uma perspectiva mais ampla, levando sempre em consideração a sua finalidade, qual seja, uma ferramenta que, em última análise, existe para servir aos anseios sociais e proteger a esfera individual do ser humano que se propõe a viver em sociedade.

Utilizando como referencial teórico a Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, sugere-se que o Direito, assim como a economia, a política, a religião, a ciência, a arte, a família, entre outros, são sistemas que compõem o ambiente social. Cada um desses sistemas é independente e se desenvolve através de operações internas (sistemas autopoietico e autorreferencial, segundo Luhmann). Não obstante este fechamento operacional, será visto que a Teoria luhmanniana prega a abertura cognitiva do Direito, ou seja, a capacidade de perceber influências advindas do ambiente social, porém sem permitir sua determinação por elementos externos. Dessa forma, o Direito não pode operar de forma isolada visando apenas uma suposta coerência lógica interna do sistema jurídico, a fim de adequar a ideia de segurança jurídica à realidade social para em última análise, buscar a melhor maneira de efetivar esta segurança. Ao fim, serão analisados exemplos de dispositivos legais e decisões judiciais à luz da Teoria dos Sistemas, como forma de comprovar sua

eficácia na prática e a capacidade desta teoria funcionar como um caminho metodológico para a concretização de um sistema jurídico mais seguro.

A pesquisa a ser desenvolvida se enquadra na Linha de Pesquisa 1 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, chamada “A Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais”, pois aborda como o direito fundamental à segurança jurídica pode ser efetivado, além da atividade dos Poderes da Federação, em especial do Judiciário, relacionada ao tema, e, ainda, a relação do Direito com os demais sistemas sociais, como a política e a economia, na busca por segurança social.

Além disso, a pesquisa se enquadra no projeto geral da citada Linha de Pesquisa chamada “Efetividade da função jurisdicional do Estado”, visto que se apresenta e se examina a influência da atividade realizada pelos Poderes Estatais, em especial pelo Judiciário, na efetivação da (in)segurança jurídica.

O trabalho decorre de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, desenvolvidas desde o início do mestrado, que sempre tiveram como premissa a Teoria da Separação dos Poderes e o questionamento sobre os limites de atuação dos Poderes da Federação, mais especificamente, o Judiciário brasileiro e as consequências desses atos para além do âmbito jurídico (ou seja, o impacto social advindo de um ato administrativo, legislativo ou judiciário). De forma paralela, o estudo da hermenêutica jurídica também foi pressuposto de desenvolvimento deste trabalho, já que a atividade de interpretação, seus limites e possibilidades estão diretamente ligados à segurança jurídica.

Vale, também, ressaltar que outra inspiração para a escolha do tema e da investigação sobre as consequências sociais da atividade jurídica, advém das angústias, das frustrações, das felicidades, enfim, das sensações e das impressões atécnicas (porém extremamente valiosas para a investigação científica) que os cidadãos transmitem frente ao Direito e que foram possíveis de serem percebidas durante a atuação na advocacia privada e na relação profissional com os clientes e seus familiares.

Diante do exposto, buscar-se-á desenvolver uma pesquisa que enfrente as seguintes questões: é possível a existência da segurança jurídica? É possível que o sistema jurídico seja um mecanismo socialmente eficiente diante da sociedade moderna, complexa e plural? Em que medida a Hermenêutica pode contribuir para a segurança jurídica? Como a Teoria dos Sistemas se mostra um mecanismo eficiente para o desenvolvimento da segurança jurídica e social?

O objetivo geral da pesquisa é investigar como o sistema jurídico pode garantir o direito à segurança jurídica.

Já os objetivos específicos são: discutir sobre a tensão institucional entre os Poderes da Federação, em especial o Legislativo e Judiciário; pesquisar sobre a possibilidade de abertura cognitiva e o fechamento operacional do Direito frente aos demais sistemas sociais e ao ambiente, através da proposta de Luhmann; examinar as teorias sobre a hermenêutica jurídica, ativismo judicial e sua relação com a segurança jurídica; verificar a possibilidade de ampliação da ideia de segurança jurídica para segurança social; demonstrar como a segurança jurídica vem sendo abordada pela doutrina e jurisprudência nacionais; avaliar algumas decisões judiciais e dispositivos normativos à luz do paradigma luhmanniano.

Para a realização da pesquisa, utilizar-se-á o método indutivo, para se analisar o objeto, no caso, a efetividade do princípio da segurança jurídica no Brasil.

Para o desenvolvimento da pesquisa investigativa teórica, será feita pesquisa bibliográfica aprofundada sobre o tema abordado. Assim, serão consultados livros doutrinários e periódicos de Direito Constitucional, de Sociologia, de Teoria do Direito, de Teoria do Estado e de Hermenêutica Jurídica. Além disso, para uma necessária atualização do tema, serão analisados artigos e coletados dados por meio de sítios eletrônicos reconhecidos e atualizados, bem como legislação constitucional e infraconstitucional que importam ao tema. Mediante pesquisa bibliográfica, obter-se-á maior familiaridade e um conhecimento aprofundado sobre o tema proposto.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

O propósito a seguir perseguido visa definir alguns contornos sobre a segurança jurídica no Brasil. Para tanto, analisa-se sua natureza jurídica e parte-se do seu conceito constitucional, além de abordar o necessário esforço hermenêutico a fim de expandir seu sentido para além da literalidade expressa na Constituição.

Trabalha-se com a construção da norma da segurança jurídica no direito brasileiro a partir, principalmente, da base teórica desenvolvida pela doutrina de Humberto Ávila e da abordagem do tema sobre seu aspecto estático e dinâmico.

O entendimento desenvolvido ao fim deste capítulo revela que o sistema jurídico deve dispensar especial atenção para combater as inseguranças que ocorrem, principalmente, quando há mudanças institucionais, ou seja, quando o Estado, através do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, promove alterações do *status quo*, seja através de alteração da lei, do ato administrativo ou da jurisprudência.

2.1 Natureza jurídica e aspectos gerais sobre a segurança jurídica.

O atual entendimento desenvolvido acerca da segurança jurídica no Brasil tem como ponto de partida o que a doutrina majoritária entende como o seu conceito constitucional, qual seja, aquele insculpido no art. 5º, inciso XXXVI da nossa Carta Magna, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme se observa, não há referência direta à expressão “segurança jurídica” no texto constitucional, o que leva a constatação de que o seu conceito necessita de um maior esforço por parte do intérprete constitucional para aferir o seu real alcance.

Há diversos conceitos sobre o tema, tanto na doutrina pátria como na doutrina estrangeira, muito embora a CF/88 tenha previsto a segurança jurídica como um direito fundamental. Esta multiplicidade de conceitos ocorre, justamente, em virtude da multiplicidade de classificações existentes na doutrina sobre este tema: como princípio, como metaprincípio ou sobreprincípio, como valor, como direito fundamental, entre outros.

Paralelo a esta observação, quanto ao alcance da norma em análise, ressalta-se que o desafio de entender a segurança jurídica inicia com o esforço interpretativo que se faz

necessário para expandir o dispositivo constitucional supracitado para além de sua literalidade e elevar a segurança jurídica como um princípio norteador não só da lei (como sugere o texto constitucional), mas como de toda a atividade jurídica em qualquer esfera de poder, inclusive, nas relações privadas.

Isso apenas é possível, pois o exercício hermenêutico não ocorre de forma isolada, visando apenas um único dispositivo constitucional, que no caso seria o citado artigo 5º, inciso XXXVI da CF/88. Na verdade, a fundamentação constitucional da segurança jurídica se inicia já no preâmbulo da Constituição ao prever expressamente que a instituição deste Estado Democrático é destinada a assegurar, entre outros, a segurança. A fundamentação segue por outros dispositivos, a exemplo do *caput* do artigo 5º e do artigo 6º¹, que tratam expressamente da segurança². Além disso, há também o pacífico entendimento de que a segurança jurídica, embora não apareça de maneira expressa, serve de fundamento axiológico para a garantia de direitos como a irretroatividade da lei penal (art. 5º, inciso XL)³, assim como a irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, alínea a)⁴. Da mesma forma, percebe-se a segurança jurídica como fundamento de diversos outros dispositivos constitucionais, como no art. 62, §11⁵ e, ainda, no art. 103 –A.⁶ De acordo com Juliana Campos:

O texto constitucional apresenta ambiguidades e incompletudes próprias de sua estrutura preponderantemente principiológica, nota característica de constituições programáticas e dirigentes, como é o caso da carta brasileira. Ao estabelecer, nos incisos do artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais individuais, optou o constituinte por um rol extenso, embora não exaustivo, de valores, instituições e instrumentos indispensáveis à plena realização da personalidade e da vida digna.

¹ CF/88 - 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:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

² Estes dispositivos também garantem a segurança como um direito fundamental do indivíduo, que ultrapassa a dimensão meramente psicológica.

³ CF/88 – Art. 5, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

⁴ CF/88 – Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

⁵ CF/88 - Art. 62, §11: [...] se houver a rejeição, pelo Congresso Nacional, de determinada medida provisória e não sobrevier decreto legislativo para regular as relações jurídicas originadas ao tempo em que a mesma vigorou, tais relações terão sua eficácia mantida para produzir os efeitos que lhe são próprios.

⁶ CF/88 - 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 proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma dimensão relevante da dignidade é a pretensão de segurança que está pressuposta no arcabouço político e jurídico do Estado de Direito. Na qualidade de norma positiva, o princípio da segurança jurídica tem irradiações normativas pelo sistema como um todo, alcançando, em maior ou menor grau, todos os âmbitos do direito. A cláusula constitucional do direito adquirido constitui uma das principais ‘irradiações’ de tal princípio, na medida em que institui uma garantia contra a irretroatividade da lei com força de cláusula pétrea.⁷

No mesmo sentido, inclina-se a elucidativa doutrina de José Afonso da Silva, que detalha, segundo seu ponto de vista, a forma como a Constituição reconhece a segurança jurídica:

A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito.⁸

Soma-se a isto, o fato de que a interpretação teleológica da Constituição e do próprio Direito, de modo geral, visa buscar a segurança jurídica, uma vez que, conforme visto na introdução deste trabalho, esta se confunde com a própria finalidade do Direito, no tocante à garantia de equilíbrio e segurança às relações sociais.

Assim, é possível a compreensão da segurança jurídica como princípio norteador do sistema jurídico pátrio ao mesmo tempo em que funciona como um direito fundamental e, portanto, um direito subjetivo do indivíduo. Nesse sentido são as palavras de Humberto Ávila:

Com efeito, a segurança jurídica pode ser tanto considerada um princípio objetivo do ordenamento jurídico quanto pode experimentar uma aplicação reflexiva relativamente a um sujeito específico. Daí se dizer que a segurança jurídica pode assumir tanto uma dimensão objetiva e impessoal, relacionada ao interesse coletivo

⁷ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **A Intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança**. In: 25 anos da Constituição de 1988: os Direitos Fundamentais em perspectiva / Paulo Rogério Marques de Carvalho, Maria Vital da Rocha, organizadores. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013. p. 248.

⁸ SILVA, José Afonso da, **Constituição e Segurança Jurídica**, in *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*”, coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha, Editora Fórum, p. 17.

ou geral de manutenção da ordem, quanto uma dimensão estritamente pessoal, vinculada a interesses individuais.

(...) Para saber quando a segurança jurídica visa a resguardar interesses individuais e quando objetiva preservar interesses coletivos, é preciso analisar o contexto normativo e fático em que ela é utilizada.⁹

Apenas na tentativa de fazer uma rápida análise crítica, tendo em vista que esta questão será melhor explorada em momento oportuno neste trabalho, ressalta-se outro importante ponto a ser analisado: a constitucionalização da segurança jurídica. Esta é uma característica do Estado Democrático de Direito brasileiro, a exemplo de outros Estados estrangeiros, da qual decorrem diversas consequências práticas em prol de sua efetivação.

Estas implicações são diversas, apenas a título de exemplo vale observar: a previsão de aplicabilidade imediata¹⁰; classificação da segurança jurídica como cláusula *pétrea* e, conseqüentemente, sua impossibilidade de modificação tendente a aboli-la¹¹; classificação como norma de observância obrigatória a serem respeitadas pelos Estados e Municípios da Federação, entre outras.¹²

De acordo com o introito deste trabalho, percebe-se que o valor segurança, do qual deriva a segurança jurídica, está diretamente associado a ideais de: determinação, certeza, verdade, boa-fé, equilíbrio, justiça e previsibilidade do Direito. Vale ressaltar que todas essas prerrogativas constitucionais tendem a surtir seus efeitos tanto em relação ao aspecto formal da segurança jurídica quanto ao seu aspecto material. No tocante ao primeiro, observa-se que a previsão constitucional, por si só, já ocasiona uma observância obrigatória, por exemplo, no processo legislativo, no sentido de impedir a promulgação de leis (*latu sensu*) que vão de encontro à previsão constitucional de segurança jurídica.

Já quanto à aplicação prática da segurança jurídica, ou seja, seu aspecto material, percebe-se a força normativa da previsão constitucional¹³ da segurança jurídica quando, por exemplo, uma sentença judicial não deverá ter sua *ratio decidendi* contrária ao dispositivo constitucional; o que contribui, em certa medida, para a segurança do sistema jurídico. Ou

⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 267 e 268.

¹⁰ De acordo com o §1º do artigo 5º da CF/88.

¹¹ Previsão art. 60, §4º da CF/88.

¹² Segundo o artigo 34, VII, da CF. Neste caso, além de previsão expressa na constituição, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes sobre o assunto, como no caso da Reclamação nº 4432/TO de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Neste caso, o relator deixa claro algumas normas de observância obrigatória como é o caso do artigo 150 à 152 da CF. Neste rol encontramos a irretroatividade tributária, que possui seu corolário na segurança jurídica.

¹³ No sentido trabalhado pela doutrina de Hesse: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

ainda, no mesmo sentido, quando o Fisco deve adequar a cobrança tributária aos ditames constitucionais.

Contudo, apenas a sua previsão em texto constitucional não é suficiente para uma ampla implementação da segurança jurídica, visto que, na maioria das vezes, exige-se uma postura positiva do Estado, seja através da edição de normas infraconstitucionais, seja por meio do cumprimento de uma obrigação ou, ainda, esbarra na ausência de uma postura proativa dos membros do Poder Executivo, ou na falta de condições financeiras (que na maioria das vezes significa falta de organização administrativo-financeira) do Estado.

Para evitar esta danosa omissão estatal, deve-se observar a segurança jurídica através das lentes trazidas pelo Estado Democrático de Direito¹⁴ que visa, preliminarmente, a aplicação prática dos ditames constitucionais, buscando adequar sua previsão normativa à realidade fática, como sugere a doutrina de Heleno Taveira Torres:

O princípio do Estado Democrático de Direito, como bem qualifica Pedro Machete, é um “princípio estruturante material-procedimental”. De fato, ele deve servir de estrutura para toda a construção jurídica do Estado, que se define, na atualidade, como um Estado de *segurança jurídica material* de direitos, logo, que não se basta pela segurança formal do “Estado de Direito”, como a muito se propaga, mas que ganha força e matizes renovadas, pautadas pelo dever de efetividade dos *objetos de valor constitucional* e do conteúdo essencial dos direitos e liberdades fundamentais. Assim, pela força centrípeta que este princípio do “Estado Democrático de Direito” exerce, como sustentação do sistema constitucional de direitos, sua hermenêutica exigirá uma interpretação coalescente com seus fundamentos e efeitos jurídicos em todo e qualquer ato de criação ou aplicação de normas, especialmente pela aplicabilidade imediata de direitos e liberdades fundamentais.¹⁵

Na tentativa de aprofundamento do tema em análise, verifica-se pertinente o estudo da interessante classificação proposta por Humberto Ávila¹⁶ sobre as dimensões da segurança jurídica, o que irá proporcionar maiores condições de avaliar a atual situação da segurança jurídica no Brasil e servirá, ainda, de subsídio teórico para a proposta final deste trabalho que é, em linhas gerais, a substituição e ampliação da ideia de segurança jurídica pela segurança social.

¹⁴ Quanto à legitimação do Estado Democrático de Direito, afirma Heleno Taveira Torres: “O princípio do Estado Democrático de Direito envolve toda a secularidade inerente ao evoluir do Estado de Direito liberal, seguido da passagem do Estado Social de Direito, para afirmar-se como meio de realização plena da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do conteúdo democrático dos direitos sociais e políticos. (TORRES, Heleno Taveira, 2011, p. 127).

¹⁵ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.126 e 127.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 265 e ss.

2.2 Dimensão Estática e Dimensão Dinâmica da segurança jurídica.

Conforme dito linhas acima, passa-se a expor e a analisar esta classificação, que advém da doutrina de Humberto Ávila, no afã de melhor compreender o instituto da segurança jurídica.

Em apertada síntese e segundo o autor citado, a dimensão estática se propõe a analisar qual é o conteúdo do Direito, ao passo que a dimensão dinâmica busca examinar qual é a força do Direito, conforme será melhor detalhado a seguir.

2.2.1 Dimensão Estática

A proposta citada visa analisar a segurança jurídica sob duas óticas distintas. Quanto à dimensão estática, busca verificar a capacidade que o Direito tem de se fazer compreensível ao olhar dos membros da sociedade, considerado em sua totalidade e não apenas aos operadores do Direito. Nas palavras do próprio autor:

Pois bem. A dimensão *estática* diz respeito ao *problema do conhecimento* do Direito, ao seu saber, ou à *questão da comunicação* no Direito, e revela quais são as *qualidades* que ele deve possuir para que possa ser considerado “seguro” e, com isso, possa servir de *instrumento de orientação* ao cidadão, em geral, e ao contribuinte, em especial.¹⁷

Sob esta perspectiva, devem-se deduzir duas características inerentes ao Direito. Segundo o autor, ele deve ser compreensível e efetivo.

O Direito se manifesta, eminentemente, através da palavra, seja ela escrita ou falada. Para que a ideia a ser defendida, proibida ou incentivada pelo Direito seja compreensível, ela deve ser clara e objetiva e, assim, possa ser capaz de guiar o comportamento dos membros da sociedade permitindo que estes a obedeçam de forma livre e convicta. De acordo com o pensamento do autor:

Nesse aspecto, são analisadas as condições ou as qualidades para que o Direito possa ser objeto de conhecimento tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista intelectual: para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não apenas precisa ter acesso a ela, mediante a observância de requisitos que permitam considerá-la

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p.296.

como existente e vigente; ela precisa, conjuntamente, ter a possibilidade de entender o que ela determina, proíbe ou permite. Exatamente por isso as normas devem ser acessíveis, abrangentes, claras e suficientemente determinadas. O Direito e, portanto, as normas jurídicas, individualmente consideradas, e o ordenamento jurídico, no seu conjunto, precisam ser “seguros”, no sentido de certos.¹⁸

A ideia de segurança vem fortemente atrelada a outros conceitos, como o de verdade e o de certeza. Contudo, estes termos carregam consigo um alto grau valorativo que, em última análise, dificulta (ou impossibilitam) sua quantificação absoluta, ou seja, sua precisão em tese. Percebe-se que em detrimento da característica de regular situações em tese, inerente ao ordenamento jurídico, estes conceitos podem ser melhor aquilatados na esfera subjetiva, o que aparentemente seria incompatível com a característica do ordenamento jurídico de ser geral e abstrato.

Não obstante a dificuldade de se obter sua precisão conceitual é certo que há uma medida em que estes conceitos, embora subjetivos, transmitem uma sensação de conforto, uma ideia de justiça. Essa medida vem diretamente atrelada à proporcionalidade e à razoabilidade do sistema jurídico em relação a fatores externos ao direito, como exemplo, o atual cenário político, religioso, ou econômico que atravessa uma sociedade específica, ou a carga histórica de determinado povo ou região.

Todos esses fatores levados em consideração permitem a formação de um cenário jurídico compreensível à sociedade. Estas considerações são determinantes para a formação *a priori* de um pensamento jurídico acessível a todos e, conseqüentemente, contribuem para a edição de um sistema minimamente seguro. Complementam estas ideias as palavras de Carlos Aurélio Mota de Souza, no sentido de que “Certeza é confiança em algo que a Segurança projeta em cada um de nós: a Segurança externa nos dá Certeza interna”¹⁹. E continua explicando o autor:

A segurança vem das leis firmes que o Estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade; e a certeza do sujeito advém do conhecimento dessas leis, da valoração de seu conteúdo (compreende que é um bem para si e para os demais; ‘fazer o bem e evitar o mal’ é o conteúdo da previsibilidade do homo medius, razoável, comum).

A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo *a priori*), através das normas e instituições do sistema jurídico (como norma *agendi* dos romanos). Já a certeza do direito (como um *posterius*) se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 305.

¹⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e jurisprudência**. Um enfoque filosófico-jurídico. 1. Ed. São Paulo: LTr. 1996. p. 27.

Assim é o Direito: institui regras permanentes que ficam, haja usuários ou não, sirva a alguns ou não, pois sempre haverá em algum dia, alguém necessitando indicativos para uma conduta certa, direita, justa, sem perigos e danos e, portanto, segura. Desta forma, a Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito.^{20 21}

Para que a aceitação do sistema jurídico permaneça *a posteriori*, não basta que ele transmita apenas confiança *prima facie*. Esta confiança deverá ser fortalecida a partir do momento em que o ordenamento jurídico se apresentar efetivo. Em outras palavras, o sistema jurídico deve demonstrar coerência formal, mas, sobretudo, deve apresentar eficiência prática.

Dessa forma, se completam as duas características apontadas pela dimensão estática do Direito na proposta de Humberto Ávila: “essa cognoscibilidade só existe, assim, se ele for acessível e inteligível, e se aquilo que for compreendido for também posteriormente efetivado”.²²

2.2.2 Dimensão Dinâmica

Até o presente momento foi analisado a dimensão estática da segurança jurídica, que representa os pressupostos estruturais que o Direito deve apresentar à sociedade para que, assim, possa servir como um mecanismo de orientação confiável.

Enquanto a dimensão estática é voltada ao conhecimento do Direito, a dimensão dinâmica visa transmitir segurança através da resolução dos problemas que dificultam ou impedem a realização do direito na prática. “Em vez de perscrutar requisitos relacionados à

²⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e jurisprudência**. Um enfoque filosófico-jurídico. 1. Ed. São Paulo: LTr. 1996. p. 26.

²¹ O autor citado também trabalha os conceitos de certeza e segurança através de um interessante estudo etimológico dos termos, segundo ele: “encontramos, então dois significados fundamentais para a palavra Certeza: o primeiro é a garantia objetiva racional, que um conhecimento oferece a sua verdade; é o conhecimento pelo objeto, em que a garantia está ligada a segurança”.

No inglês, o termo para este sentido é *certainty* e no espanhol *certeza*; em português temos apenas *certeza* que, entretanto, abrange também o sentido de segurança.

O segundo significado é o de segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; quando o conhecimento se dá em nós e nos apropriamos de uma verdade, adquirimos uma segurança subjetiva; o inglês a chama de *certitude* e o espanhol *certidumbre*; em português não há uma tradução: poder-se-ia usar a palavra *certidão*, como certeza absoluta, mas este termo já está bem definido na linguagem jurídica, como certificado ou certificação.

Este sentido de segurança é subjetivo porque depende da vontade, depende de crer ou não crer; querer conhecer é um conhecimento pela causa, pois querer saber é saber das coisas como são por suas causas.

Vemos, portanto, que os dois conceitos: *Segurança* e *Certeza*, não se contradizem, mas se compenetraram; isto é importante para o Direito, pois Certeza do cidadão não pode se opor à Segurança da ordem jurídica e vice-versa; antes se complementam. Ver: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, **Segurança Jurídica e jurisprudência**. Um enfoque filosófico-jurídico. 1. Ed. São Paulo: LTr. 1996. Pag. 28.

²² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 297.

norma, é preciso examinar requisitos relativos aos atos indispensáveis à sua aplicação”.²³ Nesse sentido, Ávila explica que “se a dimensão estática diz respeito aos problemas do conhecimento e da qualidade do Direito, a dimensão dinâmica refere-se aos problemas da ação no tempo e da transição no Direito”²⁴.

Os impactos sofridos pelo Direito em virtude da ação do tempo são, basicamente, de duas ordens: a permanência de algo que ocorreu no passado e a esperança de que aquilo que se realiza hoje perdure no futuro. Assim, segundo proposta de Ávila, os elementos da confiabilidade e da calculabilidade dos cidadãos em relação ao sistema jurídico são fundamentais à ideia de segurança jurídica em sua acepção dinâmica. “Em outras palavras, o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito, ao passo que ‘calculabilidade’ é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro”²⁵.

Com isso, não se tem a pretensão de defender neste trabalho a tese de que o Direito deva ser imutável e estanque, pois assim se tornaria um mecanismo obsoleto, ineficaz e, conseqüentemente, inseguro. Deve-se buscar uma evolução gradual associada a mudanças seguras no sistema jurídico para adequá-lo aos anseios sociais. A compreensão sobre o tempo através das “lentes” do Direito pode ocorrer no sentido defendido por Juliana Campos:

O controle jurídico sobre o tempo busca realizar, em última análise, uma pretensão de segurança. Essa segurança é, na verdade, um elemento constitutivo da juridicidade, uma vez que o direito deve buscar a maior permanência possível dos postulados normativos positivados. Nesse sentido, a vigência legal, salvo exceções, não tem um lapso temporal predefinido, havendo uma presunção de permanência fictícia que permite a criação de uma base de confiabilidade entre sujeito e Estado/legislador.

O cerne do princípio da segurança jurídica é a ideia de confiabilidade, estritamente vinculada às noções de legitimidade e eficácia. A palavra ‘confiabilidade’ deve ser entendida, como esclarece Ávila, ‘como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis’. A nota da juridicidade é justamente a segurança que as normas podem oferecer aos sujeitos no regramento de suas relações sociais, uma segurança que é ‘externa’, na medida em que há todo um aparato estatal organizado para agir em caso de não cumprimento voluntário da norma positivada.²⁶

²³ RAMIREZ, Frederico Arcos. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. 1ª ed. Madrid: Dykinson. 2000. p.54.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 345.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 347.

²⁶ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **A Intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança**. In: 25 anos da Constituição de 1988: os Direitos Fundamentais em perspectiva / Paulo Rogério Marques de Carvalho, Maria Vital da Rocha, organizadores. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013. p. 241 - 242.

Para que haja segurança jurídica pelo Direito, ou seja, dimensão dinâmica da segurança jurídica, alguns requisitos (confiabilidade e calculabilidade) devem ser observados.

2.2.2.1 O requisito da confiabilidade: a permanência de algo que ocorreu no passado

A noção de confiança pode ser entendida por meio de critérios objetivos e subjetivos. Deve haver uma definição de sentido da ideia de confiança, para que se possa utilizá-la no conceito de segurança jurídica trazido pela sua dimensão dinâmica, e este sentido é a formação da confiança garantida pela ideia de estabilidade.

Quanto aos critérios objetivos, a dimensão dinâmica da segurança jurídica está intrinsicamente ligada à estabilidade pela permanência do ordenamento jurídico. As cláusulas pétreas, inseridas no §4º do artigo 60 da Constituição Federal, evidenciam essa intenção de imutabilidade²⁷ do texto constitucional pátrio quanto a determinados temas. Além disso, outro critério objetivo é a própria intenção de durabilidade inerente ao ordenamento jurídico. Por isso, Ávila destaca que:

Para que o Direito possa guiar a conduta humana não apenas em curto, mas em médio e longo prazo, o ordenamento jurídico deve ser minimamente estável, duradouro, contínuo, permanente. Se ele for, frequentemente, modificado os cidadãos terão dificuldade para saber qual a norma a obedecer, bem como terão relutância em agir, por não saber se as normas que conhecem continuarão valendo. A modificação impede assim o planejamento.²⁸

Assim, é importante que o Direito tenha essa vocação de durabilidade, caso contrário, se resumiria a um conjunto de medidas para solucionar questões momentâneas, o que não despertaria a confiança da sociedade.

Da mesma forma, a estabilidade pode advir da intangibilidade de situações particulares por diversas razões (critérios objetivos), como o transcurso do tempo (através da prescrição e da decadência); por meio da consolidação jurídica de determinadas situações (por exemplo: ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, ou ainda um fato gerador já ocorrido); pela consolidação fática de certas situações; ou, ainda, pela ausência de prejuízo. Nesses dois últimos casos, Ávila ratifica o exposto da seguinte maneira:

²⁷ Ainda que se esteja referindo-se a uma imutabilidade relativa, já que há a possibilidade de haver mudança no sentido de uma ampliação do rol das cláusulas pétreas.

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 349.

Nesses casos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fala em ‘situação consolidada’ pela ‘força normativa dos fatos’, que o Direito não pode desconsiderar. A rigor, não se está diante quer de direito adquirido, quer de ato jurídico perfeito, nem de casos enquadráveis nas regras específicas de decadência ou de prescrição. Mesmo assim, a situação revela alguma particularidade, normalmente – mas não só – vinculada ao tempo, e o seu desfazimento ou a desconstituição dos seus efeitos terminariam por causar insegurança jurídica.

(...) Em outras hipóteses o que torna intangível a situação não é preponderantemente o tempo, mas sim a ausência de prejuízo: embora ilegalmente praticado o ato, a finalidade legal, por via transversa, é atingida, inexistindo qualquer prejuízo para as partes envolvidas.²⁹

O que se verifica é que, seja por uma previsão constitucional (art. 5, inciso XXXVI) ou por questões fenomênicas, há uma postura conclusiva do Direito em relação à situação que lhe foi posta. Essa postura corrobora para a estabilidade do sistema jurídico, garantindo confiança às relações sociais.

Além desses critérios objetivos, a confiabilidade da sociedade no sistema jurídico pode advir, também, de critérios subjetivos. Quantos a estes, a noção de segurança jurídica pode ser avaliada sob o ponto de vista individual ou particular. A visão subjetiva do princípio da segurança jurídica é representada por outro dele decorrente, qual seja o princípio da proteção da confiança. Igualmente ao princípio da segurança jurídica, este também funciona como um mecanismo de defesa do cidadão perante o Estado, nas palavras de Ávila:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade em maior ou menor medida, confiando na validade de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade.³⁰

A aplicação do princípio da proteção da confiança atua como um escudo do cidadão perante as mudanças na ordem jurídica promovidas pelo próprio Estado. Contudo, vale ressaltar que este princípio deve ser utilizado com bastante ressalva, uma vez que sua aplicação envolve, necessariamente, uma tensão com outros princípios que também dão suporte a segurança jurídica, como o princípio da Separação dos Poderes e o princípio democrático. Estes garantem alterações legislativas pelo Poder competente, assim como a

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 362 e 365.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 366.

possibilidade da administração pública anular seus próprios atos, entre outros. Assim, para a devida aplicação do princípio da proteção da confiança devem ser observados critérios de razoabilidade e harmonização, entre todos estes princípios para que, em última análise, seja produzida mais estabilidade e, conseqüentemente, segurança.

Na tentativa de indicar sua correta aplicação, Humberto Ávila sugere alguns pressupostos de observância obrigatória: “o princípio da proteção da confiança envolve para a sua configuração, a existência de a) uma base de confiança, de b) uma confiança nessa base, do c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público”.³¹

Para melhor esclarecer estes requisitos, vale ressaltar que a base de confiança que se refere o autor citado são justamente as normas que serviram de fundamento para a ação individual. Estas normas devem ser consideradas em sentido amplo, ou seja, uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial estão inclusas neste conceito. Soma-se a isso a necessidade de que haja a confiança do particular em determinada “base de confiança” e, para tanto, é preciso que o particular tenha o conhecimento desta base que ocorre através da publicação da lei ou através da intimação do ato administrativo ou da sentença judicial. Além disso, é preciso o efetivo exercício desta confiança, assim como a necessidade de implementação de um ato do poder público posterior e antagônico ao ato que gerou a confiança.

2.2.2.2 O requisito da calculabilidade: a esperança de que aquilo que se realiza hoje perdure no futuro

O requisito da calculabilidade referido linhas acima é mencionado quando há a intenção de evitar o problema da insegurança gerada pela possibilidade de futura mudança de algo ocorrido no presente.

Obviamente, a busca pela segurança jurídica não significa que se intenciona alcançar a previsão absoluta de como o Direito irá se comportar diante dos fatos, mas tão somente uma ideia aproximada de que, na maior medida possível, evite ao cidadão a surpresa diante de determinado posicionamento estatal, seja através da edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença judicial.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 366.

Certos dessa impossibilidade de predeterminar com exatidão a postura estatal futura, “em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calculabilidade”.³² Nesse sentido, Ávila explicita melhor esta tese:

Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Sua previsão é bem sucedida quando a decisão adotada se enquadra no âmbito das alternativas interpretativas antecipáveis e nas consequências abstratamente previstas e capazes de verificação mediante critérios e estruturas argumentativas.³³

Assim, através da calculabilidade e da confiabilidade (também já demonstrada linhas acima), a dimensão dinâmica da segurança jurídica, defendida por Humberto Ávila, consegue demonstrar como o Direito deve se portar para que possa servir de mecanismo garantidor de segurança à sociedade.

Para que as alterações a um determinado *status quo* possam ser realizadas de forma juridicamente seguras, é preciso que haja uma justa fundamentação para tanto, assim como parâmetros claros a serem seguidos e, ainda, não devem ser realizadas de forma abrupta e repentina. Assim, o tópico seguinte se dispõe a estudar as formas de limitação dos Poderes da Federação a fim de que se possa regular as alterações jurídicas propostas e perseguir o ideal de segurança desejado através do Direito.

2.3 Segurança jurídica e proteção da confiança frente aos Poderes da Federação

A segurança jurídica é um fim a ser buscado em todas as atividades estatais. Conforme demonstrado neste trabalho, a segurança jurídica é uma característica inerente ao Estado Democrático de Direito e os Poderes da Federação devem obrigatoriamente observá-la em sua atuação. Contudo o Direito convive, de maneira muito próxima, com a insegurança, visto que é suscetível a constantes alterações³⁴, seja por intermédio do controle advindo da atividade legislativa, administrativa ou judicial. Essas atividades estatais responsáveis por alterações no sistema jurídico podem atingir a segurança do sistema e, conseqüentemente a

³² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 596.

³³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 596.

³⁴ Salvo raras exceções que tendem a imutabilidade, como a redução as cláusulas pétreas e as normas individuais que estejam sob o manto da coisa julgada.

confiança da sociedade no Direito. A fim de proporcionar uma melhor compreensão do tema proposto, sugere-se uma análise da segurança jurídica especificamente em relação a essas atividades de cada um dos três Poderes da Federação.

2.3.1 O Poder Legislativo e a mudança legislativa

A função legislativa tem como objetivo primordial criar leis no intuito de guiar a vida dos membros da sociedade, assim como fiscalizar o correto cumprimento dessas leis. Não é à toa que uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito é o fato de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de determinação de lei (art. 5º, inciso II da CF/88).

Nesse sentido, percebe-se que há uma perspectiva de aplicação da lei visando o futuro, uma vez que ela tende a regular situações com animus de permanência. Não obstante, a lei pode, além de visar atos futuros, visar também atos passados, como expõe Ávila: “uma lei pode atuar no futuro relativamente a atos futuros. Nesse caso, será prospectiva. Ela pode atuar no futuro, mas sobre fatos passados, hipóteses em que ela será retrospectiva. E ela pode também atuar no passado sobre fatos passados caso em que será retroativa”³⁵.

Contudo, o Direito deve atuar, em regra, de maneira prospectiva, já que uma de suas funções é conduzir a conduta humana. Caso não fosse assim o Direito se mostraria um instrumento de insegurança, pois não saberíamos como nossos atos de hoje seriam legislados no futuro. Nesse sentido completa Humberto Ávila:

O fenômeno da retroatividade causa tanto uma frustração da confiança normativa com relação ao passado quanto o nascimento de uma desconfiança jurídica com relação ao futuro. Retroatividade, enfim, é um problema que toca tanto a exigência de confiabilidade quanto à de calculabilidade do ordenamento jurídico. Ela atinge, em suma, a segurança jurídica na sua dupla dimensão.³⁶

Assim, apesar de o atual texto constitucional pátrio não trazer um princípio específico que trate da segurança jurídica ou da proteção da confiança, previu a Constituição Federal, expressamente em seu texto três casos de irretroatividade da lei que são essenciais à

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 416.

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 417.

segurança jurídica: a regra da irretroatividade tributária³⁷, assim como a irretroatividade da lei penal mais gravosa ao réu³⁸ e, ainda, a irretroatividade eleitoral³⁹. No caso do direito tributário, a Constituição utilizou o fato gerador como critério para análise desta irretroatividade. Já no tocante ao direito penal, deve ser avaliado se a norma beneficiará ou não o réu para a aplicação da irretroatividade da lei penal. E no caso da irretroatividade eleitoral a alteração ocorrida no processo legislativo entra em vigos na data de sua publicação, contudo só será aplicada a eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência.

A irretroatividade da norma como regra do ordenamento jurídico garante maior segurança, uma vez que permite a previsibilidade (ou calculabilidade) das consequências jurídicas dos atos praticados de acordo com a lei. Nesse sentido, é a conclusão de Humberto Ávila, que critica de forma veemente a retroatividade da norma:

A retroatividade das normas envolve, assim, um problema de valoração jurídica de ações com base em normas inexistentes ao momento em que elas são praticadas. Por isso se afirma que a retroatividade elimina o caráter orientador do Direito, na medida em que o indivíduo age orientado por uma norma, entretanto a sua ação é regulada por outra, então inexistente, e, por isso, desconhecida no momento da ação. Pode-se com isso afirmar que o problema da retroatividade envolve, por definição, a *inexistência* e o *desconhecimento* da norma no momento da ação. Justamente porque a norma não existia no momento da ação, o indivíduo não tinha como se orientar por aquela, e, portanto, não tinha como determinar a sua linha de ação levando em conta o seu conteúdo. A liberdade é exercida sem a eficácia da norma modificadora, porém, é valorada, posteriormente, por ela. A eficácia retroativa envolve, também, por definição, a *incapacidade de reação*: como o indivíduo age com base em uma norma, mas é regulado por outra inexistente no momento de sua ação, não pode medir as consequências jurídicas atribuídas pelo Direito ao seu comportamento e, com base nessa previsão, livremente opta por um ou por outro comportamento; ele fica, assim, totalmente impedido de recuar relativamente à prática de ato cuja consequência jurídica não quer suportar. Retroatividade, em suma, envolve ausência de liberdade, de responsabilidade e de reação.⁴⁰

Assim como a legislação, os atos administrativos emanados pelo poder Executivo, também geram direitos e expectativas aos cidadãos que estão ao seu alcance. Por isso, a

³⁷ CF/88, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

³⁸ Cf/88, 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: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

³⁹ Cf/88, Art.16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 441 e 442.

modificação destes atos deve ser realizada da forma menos impactante possível a fim de preservar a segurança jurídica do sistema, conforme abordagem sugerida no tópico seguinte.

2.3.2 O Poder Executivo e a alteração do ato administrativo

A atuação da Administração Pública implica, dentre outras atividades, o controle dos seus administrados, principalmente, através de atos administrativos e dos atos normativos. A finalidade deste trabalho impede explorar as minúcias dos atos administrativos e todas as suas formas de extinção, contudo é fundamental uma breve compreensão do modo como atua o Poder Executivo, no tocante a alteração do ato administrativo, para que se possa analisar de que forma ele atinge o fenômeno da segurança jurídica.

Pelo princípio constitucional da legalidade, toda a atuação da Administração Pública deve ser exercida através de previsão legal, o que garante ao cidadão um mínimo de previsibilidade das ações estatais, ao mesmo tempo em que obriga o Poder Executivo a observar a segurança jurídica. Assim, a questão que mais diretamente pode abalar a confiança da sociedade está relacionada à possibilidade de anulação ou de revogação dos atos administrativos e normativos editados pela Administração, assim como quais seriam os efeitos (*ex nunc* ou *ex tunc*) dessa revogação ou anulação.

Primeiramente, vale ressaltar que a alteração de um ato administrativo através da anulação ocorre quando houver um vício de legalidade na edição deste ato. Já na revogação, embora editado de acordo com a lei, há o interesse público que justifica o desfazimento daquele ato através de critérios de conveniência e oportunidade do administrador.

Outro critério que influencia na maneira como determinado ato administrativo será anulado ou revogado é a análise da possibilidade do ato garantir uma vantagem ao administrado ou se ele é um ato restritivo, ou seja, que lhe impõe obrigações ou determina restrições. Os atos emanados do Poder Público têm presunção de legitimidade e de legalidade, assim, em regra, logo que editados e publicados geram a obrigatoriedade de observância pelos administrados.

Quanto à modificação dos atos administrativos restritivos não há grandes dificuldades, considerando que a anulação ou a revogação destes atos pela Administração Pública não gerará consequências negativas aos administrados. O maior entrave ocorre na alteração daqueles atos que geram benefícios aos administrados e que foram editados de

forma lícita. Nesse caso, a revogação destes atos abala a sensação de confiança da sociedade no Estado, pois gera um conflito de direitos fundamentais.

Nesse tocante, vale ressaltar que a fundamentação para a anulação do ato administrativo possui dispositivo de lei específica, já que a lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe no artigo 54 que a Administração possui o prazo de cinco anos para anular seus próprios atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

Não obstante a previsão legal, importante mencionar a evolução jurisprudencial sobre o tema. A análise dos conflitos entre os princípios mencionados e a constante busca pela segurança jurídica fizeram com que o amadurecimento doutrinário e jurisprudencial considerasse a possibilidade de, excepcionalmente, aceitar a proteção de atos administrativos que não foram editados em conformidade com a lei. Nesse sentido se inclina a lição de Almiro do Couto e Silva:

O que pode ocorrer é que, no curso do prazo de cinco anos, venha a configurar-se situação excepcional que ponha em confronto os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Nessa hipótese, deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre aqueles dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência.⁴¹

No início, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais superiores não admitiam que um ato em desconformidade com a lei pudesse produzir qualquer efeito, pois seria uma afronta aos princípios da legalidade e da igualdade. Esse pensamento, inclusive, foi ratificado pelas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que fundamentavam o chamado princípio da livre anulação dos atos administrativos ilegais.⁴² Esse pensamento, inclusive, está em consonância com o artigo 53, primeira parte, da lei 9.784/99 que dispõe sobre o assunto. Contudo, a análise do ato administrativo ilícito passou a levar em consideração a posição ocupada pelo cidadão e não mais sob a perspectiva estatal, apenas. A

⁴¹ SILVA, Almiro do Couto. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos**: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo (lei nº 9.784/99), disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acessado em 09/04/2015.

⁴² Súmula 346 do STF: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS; Súmula 473 do STF: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.

partir deste momento, a análise é muito mais abrangente e deve avaliar além da estrita legalidade, princípios como a boa fé do administrado e a busca pela segurança jurídica do Direito. Em outras palavras, a análise da possibilidade de modificação do ato administrativo não deve ser uma mera aplicação do princípio da legalidade e, sim, uma análise dos direitos fundamentais que podem vir a ser atingidos com a retirada de um determinado ato, assim como sua consequência prática em cada caso. Nesse sentido explicita Ávila:

No entanto, essa análise, feita sob a perspectiva do Estado e da norma, foi paulatinamente cedendo espaço para um exame baseado no ponto de vista do cidadão e do caso: a revisão dos atos administrativos deveria levar em consideração outros elementos, como confiança e boa fé do administrado, a serem sopesados em uma ponderação dos interesses colidentes diante do caso concreto. Um dos motivos reside no fato de que a exigência de legalidade não decorre apenas do princípio democrático, mas igualmente do princípio do estado de Direito, que justificam a proteção daqueles que utilizaram o Direito como fundamento para o planejamento, ainda mais considerando que os atos provenientes da Administração são muitas vezes necessários, devido à indeterminação legal e a carência de uniformização administrativa.

Essa mudança de perspectiva, contudo, foi apenas parcial: a confiança do cidadão é avaliada relativamente ao ato administrativo, especialmente para comprovar se ele era, ou não, capaz de gerar confiança. Nesse sentido, o poder irrestrito de revisão dos atos administrativos começou a enfrentar restrições apenas no tocante aos efeitos de atos cuja aparência de legalidade, somada à ausência de má-fé ou de negligência do destinatário, era capaz de gerar confiabilidade: se a ilicitude é intensa ou evidente, o ato administrativo deve ser anulado.⁴³

De maneira complementar à ideia acima exposta, a doutrina de Germana de Oliveira Moraes alerta para o processo de “substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública”:

A constitucionalização dos princípios gerais do Direito ocasionou o declínio de hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.⁴⁴

Por fim, é importante mencionar os efeitos gerados com a modificação dos atos administrativos pela Administração Pública. Quanto à revogação do ato administrativo, os efeitos gerados serão a partir daquele momento, ou seja, suprime o ato, mas não atinge os

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. P. 453 - 454.

⁴⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética. 2004, p. 29 - 30.

efeitos que já ocorreram. São, portanto, *ex nunc*. Em relação à modificação de atos ilícitos através da anulação do ato, ocorre o efeito retroativo (*ex tunc*). Isso porque a ilicitude macula o ato desde a sua origem, necessitando assim que a declaração de nulidade retroaja até a edição do ato ilegal.

2.3.3 O Poder Judiciário e a mudança jurisprudencial: a questão dos precedentes judiciais

Neste ponto, o trabalho visa demonstrar como a mudança jurisprudencial pode gerar uma instabilidade jurídica e quais os cuidados que vêm sendo adotados a fim de minimizar os efeitos negativos dessas mudanças jurisprudenciais sobre a segurança jurídica.

Atualmente, tendo em vista o inegável protagonismo existente do Poder Judiciário em relação aos demais⁴⁵, é preciso um cuidado extra na forma de participação dos atores envolvidos nesse processo. A complicada tarefa hermenêutica, que é inerente à função típica do Judiciário, assim como, a análise da postura assumida pelos julgadores e, principalmente, pela corte constitucional máxima nacional será objeto de estudo específico do próximo tópico deste trabalho.

Quanto à alteração do pensamento jurisprudencial e sua relação com a segurança jurídica, as principais observações que devem ser realizadas dizem respeito à questão dos precedentes judiciais: o Poder Judiciário está vinculado a seus próprios precedentes? Como deve ocorrer a alteração dos precedentes? Quais os efeitos dessas mudanças? Como os precedentes judiciais podem influenciar a segurança jurídica?

Antes de responder as perguntas acima propostas, deve-se deixar claro o que se entende por precedente judicial e porque sua análise tem grande influência sobre o fortalecimento da segurança jurídica no Brasil. Nem todo caso julgado pelos órgãos do Poder Judiciário é considerado como um precedente. Este só será assim considerado caso traga alguma inovação ao sistema jurídico. Em outras palavras, a decisão de um determinado caso deve proporcionar um ganho hermenêutico ao texto legislativo que fundamenta o pedido do caso concreto *sub judici*. Pelas palavras de Juraci Mourão Lopes Filho se confirma a tese exposta:

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido

⁴⁵ Esse tema será abordado mais detalhadamente no próximo capítulo deste trabalho.

para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimentos de outros ou ainda avançado sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais.

(...) É o ganho hermenêutico que é relevante para o uso posterior do julgado como precedente, razão pela qual, em não existindo, não há por que utilizar como parâmetro futuro aquela decisão (caso julgado), porque a lei será suficiente.⁴⁶

Uma importante questão a ser debatida é sobre a vinculação do Poder Judiciário aos seus próprios precedentes. Inicialmente, deve ficar claro que a vinculação aos precedentes é, antes de tudo, uma questão de justiça e uma maneira de garantir segurança ao sistema jurídico, pois se há duas ou mais situações fáticas idênticas e que demandem a mesma fundamentação jurídica (*ratio decidendi*) é justo que a solução do caso, também seja a mesma, pois, caso contrário, geraria uma instabilidade e a impossibilidade de qualquer previsibilidade mínima. Nesse sentido, a regra deveria ser de vinculação do Poder Judiciário aos próprios precedentes. Contudo, não deve haver imutabilidade deles, pois podem ocorrer motivos fáticos, jurídicos, políticos, ambientais, econômicos ou sociais que justifiquem uma alteração da decisão adotada a um determinado caso. Importante que esta alteração seja gradativa e advinda de um processo de amadurecimento do entendimento jurisprudencial, pois mudanças abruptas podem gerar desconfortos à sociedade, instabilidade política e conseqüentemente insegurança. Como afirma Molfessis, “a mudança jurisprudencial é a manifestação da vida do Direito, o sinal de adaptação aos fatos”.⁴⁷ Daí a conclusão de Humberto Ávila que merece registro:

Isso significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto da mais severa fundamentação. Daí dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária. Com isso se quer afirmar que o Poder Judiciário, embora esteja vinculado aos seus precedentes, pode, sim, mudar de orientação, desde que o faça de maneira fundamentada e com respeito às posições anteriormente consolidadas sob a orientação então pronunciada.⁴⁸

Assim, como nem toda decisão judicial pode ser considerada precedente, da mesma forma, nem toda alteração jurisprudencial pode ser considerada, substancialmente,

⁴⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 281 - 283.

⁴⁷ Nicolas Molfessis, *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 470.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 470.

uma mudança de jurisprudência. “O conceito de ‘mudança de jurisprudência’ deve ser estremado de figuras afins, como correção, esclarecimento, especificação, desenvolvimento, complementação, divergência, concretização e inovação”⁴⁹. A doutrina de Ávila propõe alguns parâmetros para avaliar quando uma alteração pode ser caracterizada, realmente, como uma mudança jurisprudencial.⁵⁰

Para tanto, é necessário que haja duas decisões conflitantes sobre o mesmo objeto. Esta informação parece óbvia, porém somente a análise de cada caso poderá determinar a similitude dos objetos das decisões. Muitas vezes pode ocorrer idêntica situação fática, contudo, por exemplo, pode ter ocorrido mudança na norma que serviria de fundamentação para a decisão; nesse caso não há que falar em mudança jurisprudencial.

Da mesma forma, é relevante que a decisão que venha a ser modificada tenha transitado em julgado. Isso porque a mudança em relação a uma decisão que está sedimentada de forma definitiva gera mais expectativa do que aquela que ainda está em formação e, totalmente, passível de mudanças de entendimento sobre o assunto com o desenvolvimento natural do processo. Só se deve considerar uma mudança jurisprudencial quando o mesmo órgão do tribunal ou o mesmo juízo decide sobre a mesma matéria, porém com conteúdo diferente da decisão anterior já transitada em julgado. Em outras palavras, “pode-se falar em mudança jurisprudencial quando o mesmo Tribunal adota decisões diferentes no tempo, já tendo a ‘decisão modificada’ produzido efeitos estabilizadores.”⁵¹ Portanto, só pode haver proteção da confiança com base em decisão reconhecidamente eficaz.

O autor citado também alerta para a necessidade de diferenciar mudança jurisprudencial de outros termos que, muitas vezes, na prática, são com ela confundidos, como inovação, divergência jurisprudencial e mudança de paradigma jurisprudencial, são suas as elucidativas palavras a seguir:

Realmente, ‘mudança jurisprudencial’ não se confunde com ‘inovação’: essa ocorre quando uma decisão judicial inova pela introdução de elementos dogmáticos ou critérios antes inexistentes, mas sem que haja contraposição com alguma decisão anterior. Ela também não se identifica necessariamente com uma ‘divergência jurisprudencial’: essa ocorre quando dois órgãos do mesmo Tribunal manifestam entendimentos dissonantes, mas ainda não transitados em julgados ou uniformizados

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 472.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 473 e ss.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 475.

por decisão superior. Ela, igualmente, não se identifica com uma ‘mudança de paradigma jurisprudencial’: esta última tem lugar quando um conjunto de decisões judiciais – mas não uma decisão específica em comparação com outra – recebe uma fundamentação baseada em novos critérios dogmáticos, como exemplifica a interpretação do Direito Civil com base na Constituição, e não com base no Código Civil. Só há mudança jurisprudencial, portanto, quando a alteração é decorrência da própria atividade judicial, de modo que a mesma questão receba duas soluções antinômicas sucessivas, não se verificando, portanto, quando aquela advém de modificação legal ou constitucional.⁵²

É fundamental que se perceba que os precedentes judiciais devem ser levados em consideração ao se avaliar a segurança jurídica, entretanto isso é diferente de afirmar que a vinculação dos precedentes é garantia de segurança jurídica. A utilização da jurisprudência como fonte do Direito vem sendo cada vez mais utilizada para fundamentar (ou pelo menos tentar justificar) as decisões judiciais. Essa nova postura busca a segurança jurídica através da previsibilidade do Direito que outrora já fora buscado na legislação. O Direito, através do positivismo exegético, mostrou-se incapaz de fornecer respostas eficientes diante da riqueza dos acontecimentos sociais, o que contribuiu para a evolução da interpretação dos textos normativos, uma tarefa exercida eminentemente pelo Poder Judiciário. Contudo, o que se percebe no âmbito jurídico nacional é uma típica tentativa de retorno das mesmas expectativas frustradas depositadas na lei pelo positivismo, agora sendo aplicadas em relação às decisões judiciais, qual seja, a busca pela segurança jurídica como mera previsibilidade absoluta através da padronização de decisões, assim como anuncia Juraci Mourão Lopes Filho; “ante a perda da certeza exegética buscada, no passado pela legislação, transportou-se para os pronunciamentos jurisdicionais essa ilusão. No lugar da legislação com significado unívoco, a jurisdição vinculada”⁵³.

Dessa forma, equivocadamente se desenvolve e ganha força o entendimento de que a vinculação aos precedentes judiciais é um mecanismo garantidor de segurança jurídica. Alguns doutrinadores⁵⁴ professam, inclusive, que a mera repetição de decisões anteriormente já proferidas seria o suficiente para garantir a certeza e previsibilidade ao Direito. Com isso, cada vez mais ganha força o entendimento de que os tribunais superiores são os órgãos competentes para definirem a interpretação correta de determinado dispositivo de lei,

⁵² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 478 - 479.

⁵³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 289.

⁵⁴ À exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier. Ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedente e Evolução do Direito**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.33.

enquanto os juízes e tribunais de instâncias inferiores teriam apenas a função de adequarem suas decisões às que já proferidas pelos tribunais superiores.

Esse tipo de postura amplamente difundida no meio jurídico pátrio se mostra ineficiente, uma vez que é capaz apenas de promover, em alguns casos, uma justiça formal, eminentemente técnica e hermética apenas ao âmbito jurídico, desconsiderando, entre outras, a realidade fática trazida pelo caso concreto analisado. Essa postura promove a aplicação do Direito de maneira imposta pelos tribunais superiores a casos que apenas *prima facie* aparentam semelhança, prescindem de uma apurada instrução probatória que levaria a uma decisão mais justa, pois coerente com o sistema jurídico como um todo e não apenas uma aplicação cega de um precedente já proferido por tribunais superiores, o que em última análise, mais se aproxima dos padrões buscados pelo regimes totalitários do que dos Estados Democrático de Direito. Corrobora desse entendimento a abalizada doutrina de Juraci Mourão, que na obra abaixo citada, rebate veementemente pensamento doutrinário exposto por Luiz Guilherme Marinoni ao defender a aplicação hierarquizada dos precedentes:

Como se lê o autor não propõe a coerência sistemática que se ergue sobre um encadeamento do raciocínio jurídico desenvolvido de maneira ampla. Não é uma coerência calcada no Direito como integridade, mas simplesmente numa deferência hierárquica que se impõe, já que as camadas superiores definem ‘com todo o peso e gravidade’ o que seja a lei e Constituição. A estruturação dos precedentes em níveis sequer leva em consideração seu conteúdo (se constitucional ou legislativo), mas apenas a autoridade de quem o produz.⁵⁵

E Juraci Mourão, ainda, conclui que:

(...) os tribunais superiores definem o que sejam a lei e a Constituição, e, como não há outro tribunal acima deles, bem como se rejeita que tribunais ordinários produzam precedentes a eles aplicáveis, decidem sem qualquer dever de observância a outras partes integrantes do sistema, ou seja, decidem sem ter que observar qualquer outro precedente.⁵⁶

A vinculação hierárquica, aplicada aos precedentes e acima explicada, não é o único motivo que impede que a vinculação aos precedentes seja considerada, por si só, uma garantia de segurança jurídica. Isso porque, assim como a lei, o precedente também é um texto, portanto, passível de interpretação. Ao serem aplicados, sofrem a interpretação daquele

⁵⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 291 - 292.

⁵⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 292.

que dele se utiliza. Inclusive, a própria escolha de determinado precedente a ser aplicado em um caso específico já é uma forma de interpretação. Assim, diferentemente do que afirmam alguns doutrinadores⁵⁷ que discordam dessa ideia e entendem que os precedentes não são interpretáveis, acredita-se que a melhor doutrina se posiciona no sentido contrário e que a interpretação do precedente não só existe, como é um dos fatores que afasta a possibilidade de que a vinculação a eles seja capaz de garantir segurança jurídica. Assim, Juraci Mourão afirma que: “Não se pode concordar com a afirmação de que precedentes não são interpretados. Certamente, o são. Nenhum texto, como evento, pode deixar de ser interpretado. Não se pode deixar de atribuir-lhe sentido. Mesmo a análise gramatical é interpretação”⁵⁸.

Seguindo este raciocínio, ao fim, a interpretação do precedente ou, em outras palavras, o sentido escolhido pelo aplicador do Direito dentre vários possíveis é que vai “torná-lo” adequado ou não ao caso em análise. Para tanto, essa interpretação deve ser balizada em argumentos teóricos e práticos que garantam a correta fundamentação da escolha e aplicação de um precedente. “Isso evidencia o que é próprio e característico do precedente: a análise dialética e argumentada do Direito. Será nela, então, que se deverá buscar, detectar a função dos precedentes, porque inexistente na lei”⁵⁹. E, em seguida, completa o mesmo autor citado:

Ao julgar, o juiz depara situações reais e concretas muitas vezes com características próprias ignoradas numa abordagem padronizada da questão e que possivelmente foi referência para a edição da legislação. Ele não julga a sociedade como um todo, pois, levando em conta a cultura geral, ele julga, normalmente, apenas uma

⁵⁷ Na obra “Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo” de Juraci Mourão e diversas vezes citada neste trabalho, há uma passagem que o autor expõe e critica o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni: “Marinoni defende a ideia de que precedentes não são interpretados, ou ao menos não o são como se comumente se fala em interpretação de leis. Ele reduz a questão, mais uma vez, a uma dimensão formal: frise-se que, embora a doutrina do *common law* fale em interpretação de precedentes e conhecido e importante livro até mesmo tenha o título de *interpreting precedents*, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado. De qualquer forma, é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, não se confunde com o de interpretar uma lei quando se fala em interpretar um precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação de sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que esta corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia”.

⁵⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 301.

⁵⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 296.

determinada fatia dessa realidade social. Esse quadro geral, no entanto, é latente, já que conforma a pré-compreensão.

(...) O processo judicial tem por foco a aplicação do Direito. Não uma aplicação dedutiva do positivismo exegético, nem a arbitrária do positivismo normativista, mas a *applicatio* hermenêutica, já que toda sua estrutura é voltada para enfrentar e considerar argumentos e contra-argumentos em torno de questões fáticas e jurídicas inter-relacionadas na dimensão própria do caso.⁶⁰

Seguindo este raciocínio, é que Raimundo Bezerra Falcão ressalta a importância da função interpretativa e rechaça o famoso brocardo jurídico: “os casos idênticos regem-se por disposições idênticas”, são suas as seguintes palavras:

Realmente, é de boa justiça – e por isso preocupação hermenêutica – que os casos idênticos sejam solucionados por disposições idênticas. Importa, entretanto, observar que a correta interpretação dos fatos também se revela imprescindível, a fim de que se tenha um sentido ensejador de um certo grau de confiança na a afirmação de que eles sejam idênticos. Efetivamente, a esperança de encontrar fatos iguais é, na quase totalidade das vezes, uma vã esperança, quando se cogita de fatos da vida dos homens. Essa exigência de nova e boa interpretação dos fatos aumenta de relevância quando atentamos para a verdade de que a primeira solução pode ter sido errada, de sorte que continuar aplicando-a pode implicar apenas uma continuação do erro antes perpetrado. Além disso, cumpre anotar que o esmo dispositivo tende a ser interpretado diferentemente por interprete diferente, ou até pelo mesmo intérprete em ocasiões diferentes.⁶¹

Nessa toada, o que precisa ficar evidente é que os precedentes judiciais não devem ser entendidos como posicionamentos absolutos e cabíveis a todos os casos que, *prima facie*, guardem semelhanças entre si. O precedente deve ser mais um elemento a ser considerado na função judicante, soma-se a ele todos os outros fatores que vão influenciar na decisão, tanto fatores jurídicos como extrajurídicos que possam servir como fundamentação da decisão ao fim decretada. Assim, a ideia é que a segurança se desenvolva na medida em que haja um aumento da coerência da fundamentação judicial, sempre levada em consideração em relação ao sistema jurídico como um todo, e não em relação apenas a um elemento isolado como a legislação aplicável ou um precedente judicial pertinente.

Embora o precedente não ponha fim às discussões em torno da uma determinada matéria, é inegável que ele pode proporcionar uma economia processual, no sentido de que ao fundamentar a utilização do ganho hermenêutico gerado pelo precedente, torna-se desnecessário rediscutir a matéria que já foi necessariamente debatida para a sua formação.

⁶⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 304 e 305.

⁶¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p.263.

Nesse sentido, afirma-se que a utilização do precedente não deve ser justificada por uma suposta previsibilidade de resultados que ele é capaz de gerar, e sim por ser um mecanismo que contribua para o desenvolvimento do sistema jurídico na medida em que serve de base para a fundamentação das decisões judiciais. A segurança jurídica advém da coerência extraída do sistema jurídico, no qual os precedentes são um dos elementos a serem observados. Assim, Juraci Mourão afirma que:

A segurança que se pode esperar e exigir é que o juiz sempre considere os precedentes e argumente detalhadamente por que o segue ou não, justificando por que sua decisão é a correta. A expectativa de que se repita o entendimento é, pois, um *a priori*, que para se confirmar ou não deve haver explicado o motivo. Se não for aplicado o precedente, deverá ser indicada a distinção essencial do jogo de-e-para presente em relação ao passado. Também deverá ser justificado porque se aplica um precedente a casos distintos daqueles que deram ensejo ao caso-paradigma. Nesses termos, a previsibilidade situa-se, no primeiro momento, possível de ser chamada pré-interpretativa, mas sua confirmação ou rejeição depende de motivação suficiente.⁶²

Por fim, ratifica-se a ideia de que a imposição hierárquica de precedentes atua mais como um elemento de insegurança jurídica do que o contrário, uma vez que essa postura corrobora para um “engessamento” do sistema jurídico. Como foi visto, para que a segurança jurídica possa ser percebida é necessário que haja uma coerência do sistema jurídico, que, por sua vez, jamais pode ser conseguido através de posturas herméticas, impositivas e que excluem a formação de precedentes por juízes e tribunais de instâncias inferiores, que são justamente aqueles juízos que possuem maior proximidade da realidade social. Esse entendimento é corroborado pela doutrina de Juraci Mourão:

Destaque-se que a coerência aqui defendida não se dá por uma simetria sistêmica unidirecional, ou seja, apenas na observância de julgamentos de tribunais situados acima da hierarquia judiciária. As cortes mais elevadas também devem justificar por que divergiram de precedentes de base, já que elas igualmente geram expectativas que não podem ser injustificadamente frustradas.

Com efeito, é muito comum se falar em ofensa à segurança jurídica quando um tribunal situado em escalão intermediário não segue pronunciamentos superiores. É igualmente pernicioso, porém, quando um tribunal superior ou mesmo o Supremo Tribunal Federal rompe jurisprudência ou precedente arraigado nas instâncias mais baixas.⁶³

⁶² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 322.

⁶³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 322 e 323.

Pelo exposto, considera-se fundamental entender como a hermenêutica jurídica vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário em território nacional, e como isso influencia na segurança jurídica. Analisar a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais e do voluntarismo judicial é o que se passa a fazer no próximo capítulo.

3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E PROTAGONISMO JUDICIAL: A BUSCA POR SEGURANÇA

Pelo que foi apresentado no capítulo anterior, não resta dúvida de que a segurança jurídica é um princípio que deve ser observado e respeitado por todos os Poderes da Federação, assim como um valor norteador a ser perseguido e concretizado tanto pelo poder público (*lato sensu*), quanto pela sociedade civil.

Contudo, por questões metodológicas, e para que o escopo deste trabalho não seja desvirtuado, propõe-se um corte epistemológico na análise da segurança jurídica, para que seja estudado mais designadamente o fazer hermenêutico na esfera específica da jurisdição. A proposta enfrentada, a partir de então, visa averiguar as transformações das teorias sobre a interpretação do Direito, assim como analisar as mudanças ocorridas na própria estrutura e a aplicabilidade das normas e para, dessa forma, procurar localizar o problema da segurança jurídica no sistema jurídico pátrio. Será visto, de forma objetiva, a abordagem hermenêutica praticada a partir do positivismo jurídico clássico até a chamada nova hermenêutica constitucional, assim como suas repercussões no ordenamento jurídico vigente. O trabalho, a partir de então, abordará ainda como a indeterminabilidade e a falta de critério das decisões judiciais contribuem de forma significativa para a insegurança do sistema jurídico, que, por sua vez, pode reverberar na instabilidade do sistema econômico, político e, conseqüentemente, social.

3.1 As transformações das teorias de interpretação do Direito

De início, o que se pretende deixar claro é que a busca pela segurança jurídica sempre foi uma preocupação, uma vez que, como dito anteriormente, o Direito é indissociável da segurança. Porém, o que sofreu significativa alteração desde então foi a forma como o sistema jurídico busca concretizar a segurança. Esta solução nunca será definitiva, pois não há uma maneira única, exclusiva, de concretizar a segurança. De tal modo, o que se propõe neste trabalho é analisar como o assunto vem sendo tratado, apontar eventuais distorções e, por fim, sugerir uma nova abordagem ao tema.

Vale ressaltar que a razão do corte epistemológico proposto muito se fundamenta pela importância da função hermenêutica exercida na jurisdição pátria em busca da segurança, visto que o texto da lei para ser eficaz precisa ser interpretado e aplicado a um caso concreto.

Quando isso não ocorre de forma voluntária pelos destinatários da lei, entra em cena o Poder Judiciário, que através de sua função típica será o encarregado principal desse diálogo argumentativo que dará ensejo à aplicação da norma.

A função judiciária, para que seja bem desempenhada, deve, primordialmente, ter uma fundamentação racional que leve em consideração as peculiaridades jurídicas e extrajurídicas de cada caso. Dessa forma, poderá gerar expectativas justas, o que corrobora para a segurança do sistema jurídico. Assim, Rodolfo Viana Pereira completa que dentre as características desenvolvidas pela atividade interpretativa, a contextualização merece destaque, visto que “a interpretação não se realiza em abstrato, mas em um conjunto de circunstâncias sociais e históricas que determinam os usos linguísticos a partir dos quais se realizam as atribuições de sentido”⁶⁴. E, em seguida, continua o raciocínio da seguinte forma:

Essa historicidade do acontecer compreensivo, como visto, leva à inexistência de um padrão prévio e absoluto de verdade, delimitando as possibilidades de segurança e de racionalidade jurídica no acontecimento dialógico.

Isto é, se toda compreensão é situada na História, somente no diálogo argumentativo é que será possível compreender e realizar a Constituição – e, em um plano mais amplo, também a convivência política –, atendendo as suas exigências de previsibilidade (controle do arbítrio) e de racionalidade (legitimidade das opções interpretativas).⁶⁵

O autor citado segue a mesma linha de raciocínio desenvolvida pelo pensamento de Gadamer, que, avançando na proposta da racionalidade kantiana, afasta a ideia de subjetividade isolada para localizar o sujeito também através de suas influências intersubjetivas, históricas e culturais. São suas as seguintes palavras:

Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.⁶⁶

Corrobora com este entendimento a doutrina de Juliana Campos e Felipe Albuquerque, segundo os quais:

⁶⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 124.

⁶⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 125

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. v. I, tradução de EnioGiachini, 6ª edição. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 358.

O sujeito que interpreta, por já estar impregnado de história e de linguagem, ao se debruçar sobre o objeto – que lhe aparece como texto, como mensagem comunicada – já carrega um horizonte de compreensão que interfere ativamente no modo como irá decifrar a mensagem. Dito de outro modo, cada sujeito/intérprete é uma realidade única de significados e história. Essa qualidade – sua imersão na historicidade da linguagem – é determinante no processo de interpretar o direito. Cada sujeito interpreta de um modo, a partir de um horizonte de compreensão próprio e individual – ainda que a linguagem seja o resultado de uma comunhão de significados socialmente estabelecida.⁶⁷

Para que a atividade hermenêutica colabore com o desenvolvimento da segurança jurídica é preciso que ela seja praticada em consonância com as características da sociedade moderna que, classificada como hipercomplexa⁶⁸, exige uma postura ativa do Estado, não de forma absolutista, mas, ao contrário, através de um diálogo entre representantes e representados baseada em uma abertura do Estado à sociedade. Para que haja segurança jurídica, o Estado deve possuir um caráter mais flexível ao mesmo tempo em que não deve abandonar a coerência e a fundamentação adequada dos seus atos, para, assim, tentar acompanhar as mudanças sociais de forma mais efetiva, como propõe Ravi Peixoto:

É inegável que a segurança jurídica é um aspecto essencial do fenômeno jurídico e, ao mesmo tempo, um dos seus grandes desafios em uma sociedade com um tempo de mutação cada vez menor. A segurança jurídica, então, passa a ser examinada sob uma perspectiva de flexibilidade, amoldando-se à sociedade na qual está inserida, saindo de um aspecto estático para um dinâmico.⁶⁹

Diante do atual cenário, onde o Estado é chamado a participar ativamente da vida social como uma espécie de garantidor dos anseios populares, verifica-se o inevitável agigantamento do aparato estatal. O direito à liberdade e à igualdade formal, característicos da

⁶⁷ CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)Segurança Jurídica**: características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição. *Revista Quaestio Iuris*. v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. p. 774-792.

⁶⁸ Sobre o assunto Ravi Peixoto discorre de forma mais detalhada e afirma que:

“O direito, que, na sociedade moderna, deveria atuar como um ponto de partida na busca pela segurança, não tem conseguido oferecer elementos para tanto. Esse desafio é multiplicado, visto que, se há um vínculo necessário entre a sociedade e o direito, o aumento da complexidade da primeira inexoravelmente irá refletir no segundo. Não é mais possível sustentar a ilusão de que o direito seja uma realidade simples e unilateral como pensaram os nossos antepassados do século XVIII.

A sociedade moderna aumentou sua complexidade e tem, no direito, um de seus redutores, mediante sua atuação como um ponto de referência abstrato para a complexidade. O problema é que a criação de expectativas normativas implica a produção de um número elevado de novos elementos e de estruturas jurídicas. Ou seja, ‘para reduzir complexidade externa, o sistema jurídico precisa elevar sua própria complexidade’. Daí se cria um círculo vicioso de aumento contínuo da complexidade jurídica”. Ver: PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 1. ed. Salvador: Jus podivm. 2015. p. 31.

⁶⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 1. ed. Salvador: Jus podivm. 2015. p. 25 e 26.

primeira e da segunda geração (ou dimensão)⁷⁰ dos direitos fundamentais, já, há muito tempo, não são suficientes para responder às demandas sociais, pois “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”⁷¹. O distanciamento do Estado da esfera privada, que tanto foi desejado, hoje já não tem mais motivo para existir. Ao contrário, os direitos individuais e sociais introduzidos no atual texto constitucional pátrio só podem ser revelados, em sua máxima efetividade, através de condições implementadas pelo Estado. A maior necessidade atualmente verificada pelos membros da sociedade não é, simplesmente, a proteção do Estado, mas sim, a proteção pelo Estado. Nesse sentido afirma, Paulo Bonavides:

O Estado social, por sua própria natureza é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha perante fatos alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.⁷²

É inegável que uma das formas que o Estado possui para responder às demandas populares é através da produção legislativa. A atividade do poder legislativo, como não poderia ser diferente, também foi sensivelmente influenciada pela sociedade moderna. Assim, o positivismo jurídico clássico perdeu força na medida em que se mostrou ineficiente e inseguro frente à evolução social e, conseqüentemente, jurídica.

Uma maior incursão sobre este tema se faz necessário para que se possa compreender como o sistema jurídico (e em especial a atividade hermenêutica) evoluiu até o atual estágio e como a proposta final deste trabalho se mostra relevante. Para melhor explicar este assunto e levando-o em consideração do ponto de vista histórico, vale ressaltar a forte influência que a produção legislativa nacional sofreu do direito francês. A revolução francesa de 1789, com forte inspiração nas ideias desenvolvidas por Montesquieu⁷³ e Rousseau⁷⁴, foi

⁷⁰ Diversos autores tratam deste tema com maior vagar. Sugere-se ao leitor a doutrina de: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., rev., atual. E amplia. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006.; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*; MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, entre outros.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 188.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 200.

⁷³ Sobre a participação de Montesquieu na revolução iluminista do século XVIII ver capítulo intitulado: Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII na sua obra: BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 268 e ss.

responsável por uma mudança de paradigma na sociedade francesa e serviu de inspiração para várias revoluções em diversas partes do mundo, inclusive no Brasil. Assim, a formulação do Estado de Direito foi fortemente influenciada pela Revolução e sua consolidação resultou no positivismo exegético. Suas consequências mais evidentes são: a separação dos poderes estatais e a supremacia do poder legislativo frente aos demais. Vale a pena transcrever o pensamento de Márcio Diniz sobre o tema:

As discussões acerca do conceito de Constituição do Estado, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte francesa, originaram dois pontos de partida fundamentais para a compreensão do sentido moderno que lhe atribui: a) a divisão dos poderes e a garantia dos direitos individuais, como elementos imprescindíveis de uma Constituição escrita; b) a soberania nacional, como atributo da vontade popular e como fundamento de todos os outros poderes do Estado.⁷⁵

A Revolução Francesa, desencadeada pelo inconformismo social diante da forte interferência estatal na esfera privada, buscava, através do seu ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, o fim dos abusos cometidos pelo Estado absolutista, através da implementação da teoria da Separação dos Poderes. O liberalismo determinava que o Estado, a partir de então, deveria agir observando a vontade geral do povo. Assim, a Revolução consegue seu objetivo ao desenvolver o chamado Estado de Direito, onde a lei (enunciado escrito e advindo do Poder Estatal) é considerada como a representação fiel da vontade popular, expressa de forma racional. Juraci Mourão ao comentar o assunto, destaca que:

O mais expressivo produto da Revolução Francesa é o Estado de Direito, o Estado da Razão e da lei racional imposta por um legislador igualmente racional, representante objetivo da vontade geral. O embasamento teórico para esse pensamento é a crença de que a lei escrita e posta por um ato do Estado seria, assim, o dado objetivo por excelência do Estado, único passível de uma compreensão racional e neutra. Eis o ponto fulcral para a compreensão do Estado de Direito de contorno francês: caracterização inicial como um Estado Legislativo compreendido com arrimo em um positivismo exegético.⁷⁶

Dessa maneira, os cidadãos buscavam combater as arbitrariedades características de um governo absolutista e que concentra os poderes na mão de um monarca. A Separação dos poderes e, principalmente, o Poder Legislativo garantiam legitimidade ao sistema, pois

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução L&PM Editores. Porto Alegre: LPM. 2013. Título original: Du Contrat Social.

⁷⁵ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 66.

⁷⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 33.

todos deveriam agir em conformidade com a lei, que representava a própria vontade do povo e que, através de seus pressupostos de abstração e generalidade, mostrava-se um mecanismo capaz de garantir a isonomia. Percebe-se que, desta forma, a sociedade depositou extrema confiança na lei, que surge como mecanismo garantidor de justiça e de segurança jurídica, já que através dela os atos do governo e dos cidadãos passariam a ser mais bem regulados e previsíveis.

Ocorre que, após um período de apogeu, marcadamente durante o século XIX, esse modelo de Estado Liberal (ou legislativo) francês entrou em decadência e se mostrou incapaz de proporcionar respostas plausíveis aos novos anseios sociais. O declínio deste modelo de Estado tem pelo menos três causas evidentes: a primeira diz respeito ao acesso ao sufrágio, que antes era restrito a uma camada da sociedade, e que foi cada vez mais ampliado a outros setores até então negligenciados politicamente, quebrando assim a uniformidade de pensamentos e de intenções daqueles que participavam diretamente do processo legislativo.

Em segundo lugar e como consequência direta do primeiro, surgem demandas sociais que exigem uma maior participação estatal a fim de concretizá-las. A lei já não advinha de um pensamento homogêneo, e essa falta de consenso resultava na edição de leis carentes de regulamentação do poder executivo para que fossem concretizadas. Essa ruína do Poder Legislativo reverberou direta e imediatamente na ascensão (qualitativa e quantitativa) do Poder Executivo que passou a ser responsável por novas funções e atividades, obrigando-o, conseqüentemente, a aumentar e desenvolver sua estrutura. A função exercida pelo Poder Judiciário também foi atingida, uma vez que a lei não representava mais a vontade do povo. A participação deste poder apenas como “a boca da lei” deixou de ser a tônica, e, “por força do *non liquet*, se viram obrigados a lançar mão de métodos hermenêuticos para ir além do literal e buscar sentido prescritivo a *partir dos* – e não somente *nos* – enunciados legislativos”⁷⁷.

Um terceiro fator de decadência do Poder Legislativo ocorreu em virtude da Segunda Guerra Mundial, quando governos totalitários (com maior destaque para o governo nazista alemão) positivaram em seus códigos, através de procedimentos legítimos, as maiores atrocidades contra a humanidade. Dessa forma, massacres e aberrações foram cometidos sem que houvesse qualquer mecanismo de controle, visto que havia previsão legal para tanto.

⁷⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 42.

Assim, “a crise do positivismo aconteceu com a perda da crença de que ‘a lei é a expressão da vontade popular’”.⁷⁸

Obviamente, com o fim da Segunda Guerra e a queda do império nazista, os juristas tiveram que repensar o Direito que vinha sendo praticado. O positivismo jurídico, da forma que vinha sendo aplicado, exigia obediência às normas de forma incondicional pelos cidadãos e pelo Estado, independentemente de seu conteúdo. Não era permitido que o jurista fizesse qualquer juízo de valor acerca do Direito. Seguindo o positivismo praticado à época, os valores passariam ao largo do Direito. Corroborando com esse entendimento as palavras de George Marmelstein:

Foi diante desse “desencadeamento” em torno do positivismo ideológico que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamada de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na cultura jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.

(...) Tudo levaria a crer que o desprestígio do positivismo faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade o que houve foi uma releitura ou uma reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegido de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se.⁷⁹

O pós-positivismo serviu de fundamento teórico para essa aproximação entre Direito e moral (ética, valores), permitindo uma significativa mudança no sistema jurídico. Até então, apenas a lei (que era entendida como sinônimo de norma jurídica) possuía força jurídica. No entanto, com esta nova realidade, o gênero “norma jurídica” passou a contar com duas espécies: as regras e os princípios jurídicos.

No Brasil, o debate sobre a diferença entre regras e princípios ganha cada vez mais destaque desde a promulgação da Constituição Federal de 1988⁸⁰. Especialmente com as

⁷⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedente Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 44.

⁷⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2013. Pag.10.

⁸⁰ Sobre a conquista da normatividade pelos princípios, vale ressaltar a interessante organização elaborada por Rodolfo Pereira da síntese evolucionista de Paulo Bonavides, que distingue três concepções distintas a cerca de sua natureza: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 128.

doutrinas do norte-americano Ronald Dworkin⁸¹ e do alemão Robert Alexy, que influenciaram significativamente na construção desta diferença em território nacional. Inúmeras são as classificações propostas pela doutrina pátria. Contudo, para fins deste trabalho, um maior aprofundamento da matéria se revelaria despiciendo. Não obstante, alguns esclarecimentos, ainda que perfunctórios, mostram-se de fundamental importância para formar uma base teórica para a análise do problema da hermenêutica jurídica e da exploração demasiada da função judicial interferindo de maneira intrínseca na segurança jurídica.

A análise segundo a ótica de Dworkin surge da sua discordância frente à tese desenvolvida por H. L. A. Hart sobre a “textura aberta do direito”^{82 83}, permitindo ao juiz agir de forma discricionária diante de situações não reguladas por regras. Dessa forma, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade”⁸⁴. Segundo o autor norte-americano, quando as regras não fossem suficientes para vincular a decisão do juiz, esta deveria observar os princípios jurídicos. Nesse sentido, inclina-se a doutrina de Marcelo Neves ao comentar a postura de Dworkin em oposição à de Hart:

Então, no sentido diametralmente oposto a tese da discricionabilidade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencente ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso.⁸⁵

Para Dworkin, as regras devem ser aplicadas da maneira “tudo-ou-nada”, o que em outras palavras leva à conclusão de que ou ela é uma regra válida ao caso sob análise e deverá, portanto, ser completamente aplicada (tudo), ou ela não é válida ao caso e, assim, não deverá ser aplicada (nada). Conforme se extrai das palavras do próprio autor: “as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸² HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 1 ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁸³ Sobre o debate entre Dworkin e Hart, ver: DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: neoconstitucionalismo e ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 27.

⁸⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 51 - 52.

⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 52.

nada contribui para a decisão”⁸⁶. Além disso, as regras podem definir exceções à sua aplicabilidade, tornando-a mais completa como destaca o autor: “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”⁸⁷. Quanto à outra espécie de norma, o raciocínio é diverso, pois ele entende que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância”^{88 89}. Por isso, quando há conflito entre dois princípios, não há a necessidade de afastar totalmente um deles em detrimento do outro: “Quando há entrecruzamento entre princípios, cumpre definir qual é o mais relevante para a solução do caso. Daí por que dois princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos”⁹⁰. Assim, os princípios não devem prever situações excepcionais à sua aplicação, visto que estes se mostram diferentes das regras, como completa Neves: “os princípios implicam diferenças analógicas de peso, não comportam exceções suscetíveis de enumeração em enunciados mais amplos que as incorporem, tampouco estabelecem uma relação condicional automática ‘se-então’”⁹¹.

Quanto à teoria desenvolvida por Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios ocorre, pois as primeiras são entendidas como razões definitivas, enquanto os últimos devem ser compreendidos como mandamentos de otimização. A intenção do jurista alemão é propor uma reconstrução na teoria dos princípios de Dworkin. Inicialmente, “Alexy critica a tese de que as regras são aplicadas à maneira do ‘tudo ou nada’, com base no argumento de que, nas ordens jurídicas modernas, as exceções às regras não são suscetíveis de enumeração taxativa”⁹². Para ele, cada novo caso pode trazer novas exceções em seu bojo e, assim, propõe uma reforma na teoria de Dworkin que considera que as regras devem ser aplicadas da maneira tudo-ou-nada e entende que “as regras são normas que são sempre ou

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. P. 39.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. p. 40.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. p. 42.

⁸⁹ A doutrina de Susanna Pozzolo também explica a ideia de “peso” e ponderação entre princípios constitucionais para a resolução de conflito entre eles. Ver DUARTE, Écio Oto Ramos. **POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 93.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 53.

⁹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 53.

⁹² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 63.

satisfeitas (cumpridas) ou não satisfeitas (não cumpridas)”⁹³. Quanto aos princípios, Alexy os define como mandamentos de otimização. Sua contribuição doutrinária é bem resumida por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual:

Princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas devem sempre ser realizadas por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponha a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro.⁹⁴

Outra distinção trazida por Alexy entre as espécies normativas e que difere da proposta de Dworkin é quanto ao caráter *prima facie* dos princípios, frente ao caráter definitivo das regras. Assim, os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas, ‘eles não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*’”. E, no tocante às regras, o autor completa que “por terem ‘uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas’, detém um caráter definitivo para a solução do caso.” No caso de haver uma cláusula de exceção, as regras perderão seu caráter de definitivo para a decisão de um determinado caso. Assim, “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*”⁹⁵. À guisa de conclusão registra Marcelo Neves que:

Os princípios, enquanto princípios, balizam regras existentes e servem à construção de regras atribuídas indiretamente à Constituição. As regras, mesmo quando forem metarreglas, podem tornar-se razões ou critérios definitivos para a decisão de um caso jurídico específico.⁹⁶

A diferenciação entre regras e princípios não é útil apenas no âmbito teórico. A utilização prática dos princípios atuando como norma jurídica (e, portanto de aplicabilidade imediata) é de fundamental importância, pois permite ao operador do Direito uma margem de

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 32.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

⁹⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 84.

aplicação valorativa da norma jurídica, o que admite, em última análise, adequá-la melhor à realidade social em que ela está inserida. Por isso, Neves é enfático e esclarecedor ao expor a função prática dos princípios jurídicos:

Os princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais, têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores – preferência ou valores – identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico. O que é princípio moral para um grupo não o é para outros; os valores de um grupo são antagônicos aos de outros; não só o interesse de um grupo que se opõe ao de outro, mas também o que é interesse geral para certos setores da sociedade contradiz o que seja interesse geral na perspectiva de outros. Tanto em relação às regras em geral (na estática jurídica) quanto em relação aos princípios infraconstitucionais (na dinâmica jurídica), os princípios constitucionais apresentam, respectivamente, maior mobilidade para exercer um papel seletivo perante essa diversidade contraditória, em uma esfera pública caracterizada pelo dissenso estrutural. E eles não são apenas construídos *hermeneuticamente* mediante os precedentes. Eles podem decorrer imediatamente do texto constitucional, ou seja, ser atribuídos diretamente a uma disposição normativa da Constituição.^{97 98}

Vale registrar que a mudança de pensamento acerca dos princípios não foi fruto apenas de uma isolada alteração interpretativa dessa espécie normativa, mas sim resultado de uma verdadeira revolução no cenário jurídico nos Estados Democráticos de Direito. Paralelamente a essa mudança de concepção em relação aos princípios, houve o fenômeno da supremacia da Constituição (ou constitucionalização do direito), ou seja, a assunção da Constituição como texto normativo de hierarquia máxima interna e, conseqüentemente, o rebaixamento dos códigos a um patamar de inferioridade frente a ela.⁹⁹ A Constituição deixou de ser um texto meramente programático e sugestivo para ganhar força normativa e de observância obrigatória pelo Estado (poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) e pelos cidadãos, assim como passou a prever em seu texto direitos fundamentais com aplicabilidade

⁹⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 128.

⁹⁸ Seguindo essa Toada Ávila conclui que a relação entre regras e princípios deve ser de complementariedade, assim como a relação entre Judiciário e Legislativo deve ser dialética. Nesse sentido ver: ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2015. p.18.

⁹⁹ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 26 ago. 2015, p. 5 - 6.

imediatamente¹⁰⁰. Além disso, houve a consagração do controle de constitucionalidade das leis, entre outras mudanças significativas. Essa alteração estrutural do Direito gerou uma alteração no que Ávila denominou de dimensão estática da segurança jurídica (conforme explicado no capítulo anterior deste trabalho), ou seja, causou uma transformação na forma como o sistema jurídico se apresenta à sociedade, mudando as qualidades que ele possui para ser considerado seguro e, com isso, servir de instrumento de orientação ao cidadão.

É diante desse cenário pós-positivista (entendido como a superação do Estado Liberal) que se desenvolve, de forma mais acentuada a diferença entre texto e norma. Melhor explicando, a diferença entre os textos (representações linguísticas escritas) trazidos pelas leis positivadas (*lato sensu*) e a norma que se extrai da compreensão sobre eles. Por isso, Eros Grau se baseia em Müller e afirma: “o texto normativo – observa Friedrich Müller – não contém imediatamente a norma. A norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito; o preceito jurídico é matéria que precisa ser ‘trabalhada’”.¹⁰¹ São, nesse sentido, as palavras do próprio Müller:

A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria ‘dado’ com a forma linguística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposto a uma ‘norma’ assim isolada. O âmbito normativo, não reconhecido pela teoria normativa como parte integrante da norma, pertence, portanto, indistintamente ao mundo abstratamente visto da facticidade. A ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma.¹⁰²

Assim como houve a mudança na dimensão estática da segurança jurídica (estrutura do Direito), também se verifica a mutação quanto à sua dimensão dinâmica (também de acordo com a proposta de Humberto Ávila, já tratada no capítulo anterior deste

¹⁰⁰ Felipe Braga Albuquerque comenta o tema ao tratar da judicialização da política: “o que se pode concluir é que a judicialização da política é uma consequência da supremacia da constituição (que colocou os três poderes, a priori, numa mesma hierarquia e abaixo dos ditames do constituinte) e do controle de constitucionalidade, possibilitando a interferência do judiciário em questões, que, historicamente, não lhe pertenciam. Isso se dá pela legitimação do seu papel de guardião dos direitos constitucionais fundamentais. ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos para análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. 1ª ed. Florianópolis: Conceito. 2013. p. 96.

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 33.

¹⁰² MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. pag.: 187.

trabalho), uma vez que se verifica a alteração nos requisitos relativos aos atos indispensáveis à sua aplicação. O desenvolvimento da teoria pós-positivista que fundamenta a diferença entre texto e norma garante um maior destaque à função interpretativa para a concretização do Direito e, conseqüentemente, a proeminência do Poder Judiciário, uma vez que, de forma geral, pode-se afirmar que sua função típica é interpretar / aplicar a lei ao caso concreto. Assim, Eros Grau esclarece que:

Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento).

Em outros termos: os juízes *produzem* direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, norma).¹⁰³

Na verdade, se a atividade de interpretar o Direito significa o mesmo que aplicá-lo como sugere, por exemplo, Gadamer¹⁰⁴ e Grau,¹⁰⁵ o positivismo jurídico não negligenciava totalmente a atividade interpretativa, caso contrário as normas no período positivista não seriam aplicadas, todavia elas eram¹⁰⁶. O que ocorre, na verdade, é uma mudança significativa na forma de interpretar / aplicar o direito como bem explicado por Norberto Bobbio:

De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação *estática* e de interpretação *dinâmica*, dependendo de a atividade do interprete tender exclusivamente a reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais.

Um dos campos que a interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é o direito. Este é produzido por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas etc) que exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador que pôs as leis contidas e tais textos. A interpretação que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos. Mas dissemos que a interpretação pode ser explicada de vários modos. E no interior da concepção da jurisprudência como atividade interpretativa, reencontramos aquele mesmo contraste entre juspositivismo e antipositivismo, que já vimos ao falar da questão preliminar – se a jurisprudência consiste numa atividade cognoscitiva ou criativa do direito. O

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 33.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. v. I, tradução de Enio Giachini, 6ª edição. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 358 e ss.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 47.

¹⁰⁶ Nesse sentido: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 392 – 393.

positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar a concepção estática da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas as condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação *evolutiva* sustentada pela corrente antipositivista.¹⁰⁷

A doutrina de Norberto Bobbio é acompanhada pelo pensamento de Paulo Bonavides, que destaca de forma complementar que:

A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal.

Redundou assim na busca do sentido mais profundo de Constituição como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade e lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.¹⁰⁸

Seguindo essa lógica de dinamismo interpretativo, típico de um período pós-positivista, identifica-se no momento o que alguns doutrinadores nomeiam de ativismo judicial ou protagonismo judicial, devido a uma maior valorização da atividade interpretativa da norma a ser realizada pelo juiz.¹⁰⁹ Essa busca frenética pela participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos surge como uma necessidade intrínseca ao sistema jurídico em vigor que permite a ampliação objetiva das funções do Judiciário. Contribui para isso, entre outros fatores, a própria composição do Poder Legislativo, assim como o atual modelo de legislação utilizada no País, que diferentemente da hermética produção legislativa de outrora, advinha das elites políticas dominantes. Hoje a lei é resultado de um forte processo dialético, inclusive com representação das minorias. Soma-se a isso o fato de que para oferecer um resultado minimamente satisfatório aos anseios sociais (cada vez mais complexos) as leis se valem de “cláusulas de abertura do sistema”, condicionando sua concretização através de maior esforço por parte do intérprete da norma, assim como a necessidade de regulamentação para serem concretizadas, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário. É o que Hart chama de textura aberta do Direito, ou o que Neves nomeia de

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições da filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi. Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 15.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 491.

¹⁰⁹ Interessante crítica ao ativismo judicial é feita em: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156 e ss. Na mesma obra o autor ainda faz uma importante diferença entre pré-compreensão e os preconceitos na página 231.

“caráter de imprecisão semântica da norma”¹¹⁰, e que, por isso, são extremamente dependentes do contexto de aplicação.

A posição de destaque do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, segundo Maus “acompanha essa evolução uma representação da justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”¹¹¹, e que influencia diretamente na segurança jurídica, uma vez que, *a priori*, os Poderes da Federação devem possuir o mesmo *status* para que o equilíbrio e igualdade entre eles possam ser preservados. A proeminência de qualquer um deles implica no aviltamento dos demais, o que não é saudável para um Estado Democrático de Direito, uma vez que, no mínimo, abala o princípio da Separação dos Poderes¹¹² e o princípio democrático. Seguindo essa esteira, alerta Barroso:

Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.¹¹³

Essa “arrogância judicial” citada por Barroso advém da falta de critérios objetivos que balizem a atuação judicial, assim como da ausência (ou quase) do controle desta atividade. A independência entre os Poderes não pode significar uma liberdade de atuação tamanha ao juiz a ponto de negligenciar a sua responsabilidade política republicana. Em outras palavras, é o que Felipe Albuquerque afirma ao tratar do papel do Estado: “enquanto não houver uma regulação clara da atividade estatal no âmbito social, ficará à discricionária / motivada ação do juiz definir o papel do Estado”.¹¹⁴

Interpretar / aplicar o texto normativo à luz do contexto social é a proposta central deste trabalho, a qual, absolutamente, não se confunde com a possibilidade do juiz atuar de

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p. 15

¹¹¹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. p. 3, Nov. 2000, disponível em: <www.direitocontemporaneo.com> Acesso em 14 set. 2014.

¹¹² Ives Granda ressalta a importância dada à Separação dos Poderes pelo Estado brasileiro e destaca a sua observância em território nacional em detrimento de outros países da América do Sul e, inclusive, em relação aos EUA e a própria França. Ver: MARTINS, Ives Granda da Silva. Segurança Jurídica e Equilíbrio de Poderes: constituição brasileira e constituições bolivarianas. In: **Segurança Jurídica**. Coordenador: Paulo André Jorge Germanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 74 - 75.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 15, 2009, disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> acesso em 14 set. 2014.

¹¹⁴ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos para análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. 1ª ed. Florianópolis: Conceito. 2013. p. 81.

forma discricionária; aliás, a observância do panorama social é mais uma baliza a ser seguida pelo juiz ao fundamentar sua decisão. A doutrina de Eros Grau, mais uma vez, é nítida ao afirmar esta tendência:

O fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do *mundo da vida*. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

(...) O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas *livremente*. Qualquer interprete assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos *textos normativos*. A *abertura dos textos de direito*, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer interprete estará sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Eis a primeira razão pela qual nego a chamada *discricionariedade judicial*.¹¹⁵

Utilizar convicções morais (subjetivas), muitas vezes ao arrepio da lei, como fundamento de decisões judiciais afastam a certeza e a previsibilidade da norma jurídica criada. Este cenário de incertezas não condiz com a busca por segurança jurídica que deve ser inerente a todo Estado de Direito. A atuação de forma discricionária leva ao voluntarismo judicial, sobre o qual discorrer-se-á no próximo tópico deste trabalho.

3.2 (Im)previsibilidade das decisões judiciais como fator de (in)segurança jurídica

A concretização dos direitos positivados expressamente na Constituição e em leis infraconstitucionais depende, na maioria dos casos, da participação efetiva do Judiciário. O texto da lei, que outrora era fonte de certeza e de previsibilidade de direitos, já não tem a mesma eficácia hodiernamente, visto que a norma (resultado da interpretação do texto normativo) é, muitas vezes, uma surpresa aos cidadãos. Isso ocorre, em grande parte, pois os critérios objetivos para balizar os julgamentos são poucos e não raramente as decisões seguem convicções pessoais dos julgadores. Esta postura reverbera de forma imediata na segurança jurídica, uma vez que a aplicação da lei pode sempre resultar em uma decisão surpreendente e inovadora.

Soma-se a isso, a possibilidade de uma decisão judicial extrapolar a esfera das partes envolvidas no conflito permitindo que a fundamentação daquela decisão possa servir de

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 16 e 89.

base para outras, o que, no mínimo, aumenta a responsabilidade sobre a decisão a ser proferida. Há, também, decisões que invadem a competência dos outros Poderes da Federação, chegando a determinar diretrizes a serem observadas na execução das funções típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Além disso, e como consequência inevitável, a insegurança jurídica abala todo o sistema social e seus resultados podem ser sentidos de forma latente nos campos econômico e político.

3.2.1 Segurança jurídica e voluntarismo judicial

No atual arquétipo de desempenho da função judiciária, existe extremo apreço pela atividade de criação do juiz. Essa característica, muitas vezes, é consequência do modelo normativo adotado, que carece de regulamentação e de uma maior participação do intérprete a fim de adequar a vagueza terminológica utilizada à aplicação prática da lei. Para isso, o intérprete se socorre da aproximação constante entre Direito e valores morais, com o intuito de permitir o advento dos valores que eles entendem servir de fundamento para tais normas. Contudo, a ressalva feita por Felipe Albuquerque e Juliana Campos se mostra extremamente relevante:

O reconhecimento da força normativa dos princípios traz para a teoria do direito a necessidade de adaptar a hermenêutica jurídica à baixa densidade normativa dos comandos principiológicos. A consequência fundamental é o reconhecimento de que o intérprete, diante da necessidade de ponderação de valores, possui uma razoável liberdade de criação argumentativa.

Em verdade, o reconhecimento da existência de normas com estrutura de princípios, caracterizadas pela sua baixa densidade normativa e pela aplicação da técnica da ponderação, sinaliza a necessidade de que o direito seja suficientemente plástico, flexível, para dar conta da pluralidade de pretensões, valores, condutas e eticidades existentes no corpo social. A constituição, assim, para fazer frente à diversidade, precisa ser ela mesma aberta, inclusiva, “principiológica”.¹¹⁶

A “nova hermenêutica constitucional”, que tem como uma de suas características a consideração da diferença entre regras e princípios jurídicos (já exposta linhas acima neste trabalho), ganha destaque ao se tratar de voluntarismos judiciais, já que, não é raro, que os juízes se utilizem da “textura aberta” dos princípios para dissimularem um fundamento

¹¹⁶ CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)Segurança Jurídica:** características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição. *Revista Quaestio Iuris*. v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. p. 6.

jurídico para suas decisões voluntaristas. Os princípios jurídicos, ao ganharem *status* de norma jurídica (ao lado das regras), mudaram sua forma de aplicação, pois devido a características próprias, impossibilitava sua concretização através de mera subsunção da norma ao fato, como era feito até então com as regras jurídicas. Ao contrário destas, os princípios jurídicos, positivados ou não nas leis e na Constituição, são aplicados através da técnica da ponderação, uma vez que é totalmente possível a aplicação de dois ou mais princípios para regular uma mesma situação fática. Em outras palavras, a colisão entre princípios não se resolve no plano da validade, como ocorre com as regras jurídicas, e sim através da ponderação, o que permite que, no caso de colisão entre princípios, todos possam ser considerados válidos. Com isso haverá a prevalência de um em relação ao outro (mesmo sem excluir a aplicabilidade deste) em um caso específico (dimensão de peso).

Devido à inafastabilidade da jurisdição, a atividade judicial é bastante solicitada, visto que o juiz, ao ser demandado para solucionar o caso, deverá decidir qual norma deve ser aplicada e, eventualmente, qual princípio deve prevalecer e em que medida. Corroboram, com este posicionamento, as elucidativas palavras de Paulo Bonavides:

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volta para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.¹¹⁷

Os princípios são constantemente requeridos como mecanismo de fundamentação das decisões judiciais, visto que, devido à sua “flexibilidade” interpretativa, que garante diferentes possibilidades de aplicação da norma, os juízes têm a possibilidade de adaptar “melhor” seus fundamentos jurídicos aos fatos concretos, como alerta Juliana Campos e Felipe Albuquerque:

O propósito ‘libertador’ de uma hermenêutica da flexibilidade é coerente com uma releitura do papel do Poder Judiciário como ‘concretizador’ do projeto constitucional, de modo que um crescente ativismo judicial acarreta, inevitavelmente, o manejo de recursos hermenêuticos cujos limites são marcados por ambiguidades e vagueza semântica.¹¹⁸

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013. p. 492.

¹¹⁸ CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)Segurança Jurídica: características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição**. *Revista Quaestio Iuris*. v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. p. 785 - 786.

Em relação à aplicação dos princípios jurídicos, o que importa observar é que não se deve confundir “plasticidade” com discricionariedade por parte do aplicador da norma. O emprego dessa “maleabilidade” dos princípios deve ser entendido e utilizado com cautela e apenas “na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”¹¹⁹. Além disso, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para a atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)”¹²⁰. Infelizmente, o que se observa, com considerável frequência, é a aplicação exacerbada e sem parâmetros dos princípios e, assim, a possibilidade de fundamentação de teses e critérios subjetivos dos julgadores que resulta em decisões, muitas vezes, surpreendentes e contraditórias em relação à própria legislação vigente. Por isso, não é raro encontrar decisões judiciais contrárias com base no mesmo princípio, ou até órgãos colegiados que proferem decisão não unânime, tendo votos divergentes com fundamento jurídico no mesmo princípio.

O ativismo judicial e a utilização exagerada dos princípios acarretam um fenômeno que Streck denominou de “pamprincipiologismo”, que significa o surgimento descontrolado de um número infinito de novos princípios. Travestidos de uma suposta legitimidade, são utilizados para resolver casos concretos pontuais ou “corrigir” as incertezas linguísticas próprias dos textos normativos, ou, ainda, para tentar empregar contornos jurídicos às convicções pessoais e utilizá-las, de maneira camuflada, como fundamento das decisões. Esse comportamento resulta em incertezas e abala o próprio Estado Democrático de Direito, assim como a segurança jurídica. É possível perceber esta posição crítica nas próprias palavras do autor citado:

É relevante dizer, ainda, que as posturas voluntaristas do Direito acabaram por dar azo a uma verdadeira fábrica de princípios, fenômeno ao qual dei o nome de “pamprincipiologismo”, que fragiliza sobremodo o grau de autonomia que deve ter o Direito na contemporaneidade. Essa crítica é ratificada por Luigi Ferrajoli, para quem a proliferação de princípios não passa de argumentações morais, que conduzem inexoravelmente à fragilização do Direito.

¹¹⁹ STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2014. p. 170.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

(...) Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento ‘criativo’ de um conjunto de álibis teóricos que vêm recebendo ‘convenientemente’ o nome de ‘princípios’, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar.¹²¹

Na concretização do Direito, não pode haver contradições internas, sob pena de grave abalo à segurança jurídica, à Separação dos Poderes e ao princípio democrático. Por isso, impõe-se uma coerência lógica entre o texto da norma, a norma propriamente dita (resultado da interpretação do texto da norma) e a norma de decisão (que é a solução judicial de um caso concreto). Os juízes, ao agirem no exercício da sua função jurisdicional, não devem atuar de forma discricionária e se socorrer dos princípios jurídicos para justificar suas intuições particulares, utilizadas como norma de decisão, caso contrário, haverá uma supervalorização dos princípios frente às demais regras do Direito, assim como um maior destaque do Judiciário frente ao Legislativo. “Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não *subjetivamente*, de acordo com o senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)”¹²². Nesse sentido, também, sinaliza a opinião de Juliana Campos e Felipe Albuquerque:

Um sentido “forte” de separação de poderes reconhece a existência de duas funções que, se não são antagonicas, não podem se confundir se o objetivo é a preservação do Estado de Direito estável: a função de elaboração do texto legal e a função de aplicação/interpretação desse texto, na forma de uma norma de decisão, a sentença. De acordo com essa perspectiva, tem-se uma reserva de poder (e competência) para Legislativo e Judiciário, de modo que as atuações de cada poder que não se confundem, nem se superpõem, cabendo ao Legislativo oferecer parâmetros claros e objetivos de aplicação do Direito, cuja tarefa é finalizada e integrada pelo Judiciário. Com a crescente crise de legitimidade no Poder Legislativo, observa-se uma crença na capacidade compensatória do Poder Judiciário no papel de concretização de direitos.¹²³

Após o declínio do Estado Liberal (de inspiração francesa) e o fracasso do positivismo exegético e, conseqüentemente, o fim do império das leis e da proeminência do Poder Legislativo, houve a tentativa de evitar que novos abusos fossem perpetrados pelo

¹²¹ STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2014. p. 171 e 175.

¹²² GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 19.

¹²³ CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)Segurança Jurídica**: características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição. *Revista Quaestio Iuris*. v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. p. 786 e 787.

Estado, como o que aconteceu com a expressa previsão legal que permitia, por exemplo, ao Estado nazista cometer atrocidades contra as minorias durante a Segunda Grande Guerra. Seguindo essa toada, conforme visto linhas acima neste trabalho, houve a aproximação entre Direito e moral, a fim de que os valores morais, antes renegados pelo plano jurídico, fossem positivados nas constituições e códigos dos Estados democráticos de Direito. A era pós-positivista se revela, as constituições ganham força normativa e a interpretação / aplicação das normas jurídicas (regras e princípios) ganham destaque e novos contornos. Este cenário é bem retratado pela seguinte passagem de Eros Grau:

Nossos juristas se enredam na oposição que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e, doutro, a função da interpretação no desenvolvimento do direito. Dizendo-o na síntese de Paolo Grossi: são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente a rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da (i) certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua (ii) contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete; esta, demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do texto.¹²⁴

As mudanças no panorama jurídico que intensificaram a função interpretativa geraram condições propícias para o desenvolvimento do ativismo judicial. Juntamente com as novas possibilidades proporcionadas pelos supostos avanços pós-positivistas, vieram também os abusos cometidos por alguns membros do Poder Judiciário, que passaram a fundamentar suas decisões em convicções pessoais (Quais convicções?) em detrimento da Constituição, da lei e do Direito: a chamada discricionariedade judicial.

A segurança jurídica, outrora abalada pelo império da lei que legalizou verdadeiras atrocidades e “fundamentou juridicamente” barbáries e holocaustos, agora se vê ameaçada frente aos voluntarismos judiciais, que, não menos danosos, transformam o Direito em uma espécie de loteria e impedem o desenvolvimento desta mesma segurança, na medida em que não promove minimamente a certeza e a previsibilidade necessárias ao sistema jurídico.

Assim, restam as dúvidas: “como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade?”¹²⁵ Como superar as falhas existentes no pós-positivismo sem retornar aos fracassos ocasionados

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9 ed. Sao Paulo: Malheiros, 2014. p. 310 e 311.

¹²⁵ Luiz Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2014. p. 87.

pelo positivismo? Na tentativa de resolução deste impasse, algumas vezes se manifestam de maneira bastante lúcida e tentam lançar luzes sobre o tenebroso cenário contemporâneo. Dentre os doutrinadores nacionais, considera-se de extrema relevância a contribuição de Lenio Streck (inclusive, adotado neste trabalho). O autor, ao analisar a atual crise de insegurança vivida pelo Direito, propõe, como solução ao pós-positivismo, o retorno ao positivismo, contudo não nos mesmos moldes já realizados até meados do século passado, ao qual Streck nomeia de “positivismo primevo” ou “positivismo exegetico”, ou ainda “positivismo legalista”. O que Streck sugere é a aplicação de uma hermenêutica antirrelativista e aposta na antidiscricionariedade.

O positivismo legalista, explicado linhas acima, pode ser entendido, segundo as palavras do próprio autor, como: “a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito”¹²⁶. Na sequência, traz explicação sobre o positivismo normativista, afirmando que “num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse ‘rigor’ lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*”¹²⁷. Este positivismo é desenvolvido de forma bastante diferente do primeiro, pois, nesse segundo momento, as normas são geradas em pleno constitucionalismo democrático, o que, teoricamente, dificultaria sobremaneira o desenvolvimento de um positivismo opressor como ocorrido no legalista. Assim, Streck afirma que:

Obedecer ‘à risca o texto da lei democraticamente construída’ (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, de uma ‘outra’ ou de uma nova legalidade. (...) A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional. Simples, pois!¹²⁸

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 87.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 87.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 89 e 90.

¹²⁹No mesmo sentido (porém de forma menos explícita que Streck) se posiciona Eros Grau que entende que o Judiciário, como representante do poder público, deve agir vinculado ao princípio da legalidade. A discricionariedade, quando possível ao poder público, advém de um permissivo legal. Além disso, é preciso que seja feita a total diferenciação entre *ato discricionário* (poder executivo) e *juízo discricionário* (poder judiciário), este último sempre será incompatível com a legalidade. O autor, assim como Streck, também difere a função

O autor entende que, independente do “tipo de positivismo adotado”, “uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariede”¹³⁰. Assim, propõe que a aplicação da lei seja feita através de uma hermenêutica antirrelativista e aposta na antidiscricionariiedade. Independente da aplicação de regras ou princípios, o que deve ser evitado é sua aposta na vontade do intérprete, que gera consequentemente a discricionariiedade judicial. “é nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariiedades e/ou decisionismos”¹³¹. Entende-se, assim, que a aplicação da tese exposta por Lenio Streck possibilitará o fortalecimento da segurança jurídica, uma vez que haverá a possibilidade de diminuição da imprevisibilidade e da incerteza do Direito (ainda que de forma relativa, visto que a previsibilidade e certeza absolutas não passam de quimeras)¹³².

A preocupação com voluntarismos judiciais ganha grande importância no atual cenário democrático, afinal as decisões judiciais, como dito anteriormente, têm a possibilidade de extrapolar a esfera das partes envolvidas no conflito e de apresentar sua fundamentação como possível base para outras decisões, o que, no mínimo, aumenta a responsabilidade sobre a decisão a ser proferida.

Soma-se a isso o fato de que a segurança do sistema jurídico não atinge apenas o âmbito do Direito. Um Estado que tem o sistema jurídico instável e inseguro fatalmente terá grande dificuldade em manter-se estável no âmbito econômico, político e social, conforme será analisado a seguir.

3.2.2 Micro justiça versus macro justiça

normativa da função legislativa. In: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 190 e 236 e ss.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 89.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 93

¹³² Contra a liberdade indiscriminada de decisão do Judiciário e em referência a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, Samira de Amorim e Janaina Rabelo afirmam que o “direito não pode ser fato, valor, norma e sorte”. Ver: RABELO, Janaína da Silva; AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. A utilização dos princípios na interpretação constitucional: entre a aproximação social e o abuso na sua aplicação. In: **Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988: homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (coord.); AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco; SALES, Tainah Simões. 1 ed, p. 128 – 152. Disponível em: <<http://www.ppgdireito.ufc.br/index.php/publicacoes>>. Acesso em: 13 maio 2015. Fortaleza: Expressão, 2014. p.150.

Conforme já exposto no item 1.3.3, este trabalho não concorda com o entendimento de que os Tribunais Superiores são os únicos órgãos com competência para definir a interpretação correta de determinado dispositivo de lei, enquanto os juízes e tribunais de instâncias inferiores teriam apenas a função de adequarem suas decisões àquelas já proferidas pelos Tribunais Superiores. Ao contrário disso, concorda-se com o pensamento desenvolvido, por exemplo, por Juraci Mourão, que afirma que as decisões dos juízes e tribunais de instâncias inferiores também devem ser levadas em consideração na formação das decisões de instâncias superiores, conforme demonstrado linhas acima.

A discussão em torno dessa matéria já foi devidamente trabalhada, porém, o intuito de trazer à tona essa questão é para demonstrar que independente da corrente doutrinária adotada, não se pode negar que a decisão proferida em um caso específico (micro justiça) pode ser utilizada em inúmeros outros casos, servindo de fundamentação jurídica para outras decisões que atingirão outras partes processuais (macro justiça). Isso pode ser verificado tanto na utilização dos precedentes, como nas próprias súmulas dos tribunais, inclusive (e principalmente) nas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, afirma Carlos Aurélio Mota de Souza:

Embora individuais, todas as decisões apresentam um *holding*, uma essência, uma *ratio decidendi* que as enfeixam. Esta essência comum é a questão de direito sobre o *thema decidendum* e sua motivação.

De fato, quando se analisa uma sentença ou acórdão, não se critica apenas o *decisum*, mas também sua fundamentação (a parte decisória, que se vê e faz coisa julgada, como a ponta do iceberg, que se assenta em uma base oculta, a motivação).

As razões ou motivos são as raízes do *decisum*: se fincadas firmemente sobre as questões de fato e de direito na demanda, se alicerçadas em boa doutrina e paradigmas adequados, adquirem veracidade e se projetam com *auctoritas* no mundo jurídico.¹³³

É nítido, assim, que as decisões podem ser “reutilizadas” em outros casos, o que aumenta a preocupação e o cuidado que deve haver para evitar a proliferação de voluntarismos no meio jurídico. As decisões fundamentadas em convicções pessoais dos julgadores (em detrimento da constituição e da lei) podem ganhar uma repercussão bastante ampla e macular sobremaneira a segurança jurídica.

¹³³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e jurisprudência**. Um enfoque filosófico-jurídico. 1. Ed. São Paulo: LTr. 1996. p.130.

Além disso, a competência hodierna do Poder Judiciário foi ampliada consideravelmente, o que permite que este Poder possa se imiscuir na competência que outrora era típica dos outros Poderes da federação, reconfigurando a teoria da Separação dos Poderes¹³⁴, conforme será visto no tópico seguinte. Assim, muitas vezes, decisões judiciais chegam a ditar a forma de administração de determinado ente da federação (o que seria atribuição típica do Poder Executivo), como a distribuição de medicamentos à população, ou o direcionamento de determinadas políticas públicas, ou ainda a construção de certas obras em detrimento de outras.

Utilizando a título de exemplo o caso da interferência judicial na saúde, alerta-se que essas decisões, apesar de garantirem o direito genericamente previsto no texto constitucional à parte autora da lide, muitas vezes são responsáveis pela inviabilização de políticas públicas e pelas campanhas de prevenção de doenças e endemias. Não raramente, o custo do tratamento de saúde (inclusive, em alguns casos executados em outros países) ou da medicação deferida via ordem judicial impacta a economia do ente público de forma significativa e o impede de prestar outros serviços de saúde.

A judicialização da saúde é apenas um exemplo de como uma decisão que se pretende fazer justiça entre as partes (micro justiça) pode ter uma repercussão que extrapole as partes do processo (macro justiça). A doutrina de Luís Roberto Barroso, ao analisar o tema, corrobora com a tese exposta:

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universal do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessível, seja porque destituído de essencialidade -, bem como por medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.

[...]Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que

¹³⁴ A ênfase deste trabalho, é em relação a proeminência do Poder Judiciário em relação aos demais. Contudo, vale registrar que o Poder Executivo também invade a esfera de competência típica do Poder Legislativo. Nesse sentido: MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. **Nomos**: Revista do curso de Mestrado da UFC. v. 28, n. 2, p. 13 – 27, jul./dez. 2008. p. 14.

políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

[...] Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se esta diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação dos Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e a saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.¹³⁵

Diante das observações feitas, ratifica-se a necessidade do(s) julgador(es) se atentar(rem) para os possíveis impactos sociais que as suas decisões podem causar para além das partes envolvidas na demanda.

3.2.3 Instabilidade jurídica e as suas consequências no âmbito econômico, político e social

A interdisciplinaridade entre Direito e as inúmeras áreas das ciências sociais é inegável e de extrema relevância para o desenvolvimento da ciência jurídica¹³⁶. O sistema social é composto por diversos outros subsistemas: o direito, a economia, a política, a religião, a educação, entre outras¹³⁷. Quanto à abordagem da relação existente entre eles e entre a segurança jurídica, propõe-se a análise da interação existente entre os três primeiros subsistemas (direito, economia e política).

O fortalecimento do papel que a Constituição exerce nos Estados Democráticos de Direito e o conseqüente agigantamento da participação e estrutura do Estado na concretização dos direitos constitucionalmente previstos intensificaram a relação de extrema proximidade entre Direito e Política, inclusive tornando suas fronteiras cada vez menos nítidas. Outra ciência que exerce (e sofre ao mesmo tempo) grande influência do Direito é a Economia, já que as práticas jurídicas têm um impacto financeiro imediato tanto no que se refere ao custo de implementação dos direitos, quanto ao reflexo pragmático que as decisões e as normas jurídicas têm na Economia do país (macro economia).

Vale ressaltar, que, apesar de independentes e autônomos, os subsistemas acabam por interferir indiretamente na atuação dos outros, posto que estão inclusos no mesmo

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 218, 219 e 220.

¹³⁶ De forma complementar a estas informações ver a relação entre sociedade e direito trazida por Bonavides: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 57 e ss.

¹³⁷ Esse tema será abordado de forma mais detalhada no capítulo seguinte desta obra.

ambiente. Assim, percebe-se que tanto a Economia quanto o Direito desenvolvem seus preceitos sobre os mesmos dilemas, porém, sob perspectivas diversas, como analisa Bruno Salama:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.¹³⁸

Os dilemas (coordenação, estabilidade e eficiência) enfrentados pela Economia e pelo Direito, ressaltados pelo autor citado: têm total ligação com a segurança jurídica, uma vez que esses também são pressupostos utilizados para aquilatar sua eficiência.

A análise do Direito e da Economia que se propõe neste trabalho não se vincula à teoria reducionista, em que sugere que aquele possa ser reduzido a esta. Nenhum dos subsistemas que compõe a sociedade possui uma posição de destaque ou de influência direta sobre os demais. Eles atuam de forma horizontal, em harmonia e em igualdade e possuem sua diferenciação quanto à função que exercem e não quanto à hierarquia. Sem maiores digressões sobre essa teoria, afasta-se a sua proposta de substituição das categorias jurídicas por categorias econômicas. O que se defende é a contribuição que os conceitos desenvolvidos na ciência econômica possam exercer, aumentando os subsídios teóricos para um raciocínio jurídico mais pragmático e eficiente. Assim, o Direito é capaz de aumentar seu grau de “certeza” e de previsibilidade, o que reverbera diretamente na segurança jurídica, até porque “é comum que a solução eficiente (economicamente) seja também justa (juridicamente)”¹³⁹. A *contrario sensu*, o que se percebe, conforme demonstrado no início deste capítulo, é um aumento do grau de incerteza do Direito (boa parte gerado pelos voluntarismos judiciais), o que suscita, conseqüentemente, instabilidade econômica.

Isso ocorre visto que o Direito se relaciona com a Economia através de um aparato institucional oferecido pelo primeiro e necessário para instrumentalizar os

¹³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é Pesquisa em Direito e Economia**. *Cadernos Direito FGV*. v. 5, n. 2, São Paulo, 2008. p. 5, disponível em <http://direitosp.fgv.br/professor/bruno-meyerhof-salama>. Acessado em 23 mar. 2015.

¹³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é Pesquisa em Direito e Economia**. *Cadernos Direito FGV*. v. 5, n. 2, São Paulo, 2008. p. 10, disponível em <http://direitosp.fgv.br/professor/bruno-meyerhof-salama>. Acessado em 23 mar. 2015.

intercâmbios econômicos. Esse aparato deve ser construído por bases normativas sólidas que permitam seu desenvolvimento. Interessante doutrina de Armando Pinheiro nesse tocante:

Tanto Direito, como a Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restrita a pequenos grupos.¹⁴⁰

O fato de decisões judiciais, através de interpretações discricionárias, terem a capacidade de modificar a aplicação das normas sob as quais os contratos privados foram firmados, alterando-as sem a observância de nenhum critério objetivo, provoca uma grande instabilidade (também) no cenário econômico. A insegurança jurídica distorce o sistema de preços, pois eleva o risco e os custos dos negócios, além de desencorajar os investimentos e a utilização do capital disponível. Isso desencadeia uma série de consequências danosas que repercutem, em última análise, na geração de empregos, na exploração de economias de larga escala e na diminuição das exportações. “É por isso que a evidência empírica sugere que países com menor grau de segurança jurídica se afastam mais das melhores práticas de produção e, assim, crescem mais devagar”¹⁴¹.

Segundo Niklas Luhmann, os institutos que garantem maior interação entre Direito e Economia são a figura do contrato e da propriedade, conforme afirmam Gonçalves e Villas Bôas:

Contudo Luhmann ressalta que os conceitos modernos de propriedade e contrato não integram ou mesmo desdiferenciam o sistema jurídico e econômico. Enquanto mecanismos de acoplamento estrutural, eles organizam a irritação recíproca desses sistemas e influenciam, a longo prazo, a tendência natural dos desenvolvimentos estruturais em ambos os sistemas.¹⁴²

¹⁴⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Organizadores: Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005. p. 244.

¹⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança Jurídica, crescimento e exportações**. p. 15, Out. 2005, disponível em: <www.ipea.gov.br.com> Acesso em 22 mar. 2015.

¹⁴² GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 140.

Tão notável quanto a influência exercida pela segurança jurídica na Economia é a sua repercussão no campo político. A relação entre Direito e Política teve sua proximidade intensificada no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que “reestruturou” o princípio da Separação dos Poderes ao possibilitar ao Poder Judiciário julgar questões que antes estavam fora da sua área de competência e eram decididas no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Em outras palavras, o Judiciário “avocou” para sua competência temas inerentes ao âmbito político, surgindo a chamada “judicialização da política”. Sobre o assunto, são bastante elucidativas as palavras de Felipe Albuquerque:

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, em razão do poder de interpretação dado ao Judiciário, principalmente através do controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina do realismo jurídico tem ganhado força. O fato é que a doutrina de Montesquieu de “separação dos poderes” tem passado por uma reinterpretação, dada principalmente pelo Judiciário (sobretudo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade). Essa interpretação, como será demonstrado, para muitos, se afasta da moderna teoria da democracia, quando desprestigia, em muitos casos, a autonomia do Parlamento – entidade de maior legitimidade num Estado democrático.

A razão desse diagnóstico se dá pelo fenômeno atual da “judicialização da política”, ou seja, o Judiciário tem-se imiscuído em questões que são alheias ao seu papel institucional, pois, com o argumento de “tutor” da Constituição, adentra no mérito de questões puramente políticas.¹⁴³

A questão suscitada quanto à judicialização da política foi apresentada como forma de demonstrar a proximidade citada entre Política e Direito. Contudo percebe-se que a relação entre os sistemas jurídico e político é feita de forma bilateral, uma vez que a política também influencia fortemente o Direito. As leis, que são votadas e decididas pelo Legislativo e pelo Executivo, vão direcionar o rumo que o sistema jurídico vai seguir. Por isso, uma insegurança política, representada, muitas vezes, pela interferência de forças econômicas e influências particulares na aprovação das leis, quebra a lógica da representatividade democrática a ser exercida pelos parlamentares eleitos pelo voto popular. Essa prática nefasta interfere diretamente na segurança jurídica, uma vez que o mundo jurídico irá pautar-se sob o regime de leis que favorece interesses particulares em detrimento do bem estar comum.

É óbvio que o debate, o diálogo entre forças antagônicas, é inerente à votação de leis num Estado Democrático de Direito, que busca a maior representatividade possível dos interesses sociais. Procura-se identificar como prejudicial o direcionamento (ou ausência) desse diálogo, em virtude de pressão exercida por forças e por interesses alheios aos interesses

¹⁴³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos para análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. 1ª ed. Florianópolis: Conceito. 2013. p. 15 - 16.

populares representados pelos legítimos participantes do processo legislativo. A aprovação de leis com essas características reverte a lógica do sistema e vai de encontro aos pressupostos da segurança jurídica, como a previsibilidade e a calculabilidade, que os membros da sociedade têm em relação à postura dos governantes e da justiça.

A simbiose entre o sistema político e jurídico tem como principal ponto em comum a Constituição. Nesse sentido, Niklas Luhmann se refere à Carta Magna como um “acoplamento estrutural”¹⁴⁴ entre os dois sistemas. A Constituição é uma forma de limitar juridicamente o poder governamental, portando-se como um mecanismo que impede o desenvolvimento de um regime arbitrário. O ensinamento de Marcelo Neves, baseado na doutrina de Luhmann, corrobora com essa tese:

É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas da sociedade.

De acordo com esse modelo, Luhmann vai definir a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. (...) A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as.¹⁴⁵

O tema da judicialização da política suscita outros entraves, além dos citados anteriormente, como a crítica sobre a legitimidade do Poder Judiciário, frente à legitimidade dos demais Poderes. A Constituição prevê que os membros do Judiciário sejam investidos através de concurso público, enquanto que os membros do parlamento o sejam por escolha popular, através de sufrágio universal. Essa diferença daria maior legitimidade ao parlamento para tratar dos entraves políticos (que estejam dentro da sua competência constitucionalmente prevista), já que teria seus membros eleitos por vontade popular (sistema majoritário), em detrimento dos membros do Poder Judiciário, que são investidos na carreira por mérito pessoal. Assim, teoricamente, a vontade da população estaria mais bem administrada pelos seus representantes democraticamente escolhidos.

Além disso, apenas para deixar registrado, e sem o intuito de tecer maiores comentários sob pena de ser repetitivo, a discussão já enfrentada neste trabalho sobre a fundamentação das decisões judiciais que, muitas vezes são realizadas com base em motivos

¹⁴⁴ Esse tema será abordado com maiores detalhes no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2012. p. 97.

personais, contribui para a insegurança jurídica, ao passo que também exerce influência negativa na relação entre Direito e Política ora discutida, pois as normas advindas desse tipo de decisões judiciais carecem de previsibilidade e de calculabilidade.¹⁴⁶ Os comentários previamente realizados, neste trabalho, sobre o assunto¹⁴⁷, também são válidos como fundamento teórico desta discussão no que tange a influência da segurança jurídica nas esferas econômica e política.

A segurança jurídica não deve ser analisada apenas sob o ponto de vista do Direito já mencionado no início deste trabalho), visto que a sociedade é regulada por subsistemas, como o sistema econômico, político e jurídico, no qual todos são independentes, porém interligados, por estarem em um mesmo ambiente e se relacionam entre si. A análise da segurança deve ser mais abrangente, na tentativa de aproximar-se ainda mais da realidade social. Sugere-se, portanto, sua ampliação pela segurança social. Essa ideia será exposta de forma pormenorizada, a seguir.

¹⁴⁶ Além disso, como já afirmado neste trabalho: “muitas decisões judiciais invadem a função típica de outros poderes e chegam a determinar a forma de administração de determinado ente da federação (o que seria atribuição do Poder Executivo) como, por exemplo, a distribuição de medicamentos, ou o direcionamento de determinadas políticas públicas, ou ainda a construção de certas obras em detrimento de outras”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 239.

¹⁴⁷ Este tema é bastante discutido nos tópicos 2.1, 2.2.1 e 2.2.2 deste trabalho.

4 AMPLIAÇÃO DA IDEIA DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA A IDEIA DE SEGURANÇA SOCIAL

A proposta sugerida neste trabalho tem o intuito de avaliar, de forma mais analítica, o fenômeno da segurança jurídica, pois se acredita que o sistema jurídico sofre e exerce influência, ainda que de forma mediata, de outros sistemas que compõem a sociedade, como a política, a economia, a religião, a educação, a ciência, entre outras.

Se o Direito faz parte e interage com outros sistemas que compõem um sistema maior e mais complexo (a sociedade), é relevante que o Direito não seja hermético a ponto de se isolar e (tentar) funcionar de forma independente, pois, como foi dito na introdução deste trabalho, só há Direito onde há sociedade. O Direito não existe como um fim em si mesmo. Ele é ferramenta que está a serviço da regulação social, devendo, portanto, estar sempre voltado a servi-la e atento aos seus reclames. Por mais que determinadas medidas jurídicas estejam formalmente corretas do ponto de vista do sistema jurídico, sendo elas danosas à sociedade, não devem prosperar, sob pena de colocar em risco o funcionamento de todo o ambiente no qual estão inseridas.

É curioso observar que a própria sociedade rechaça medidas jurídicas de danosa aplicação prática e passa a se autorregular, muitas vezes de forma contrária à orientação institucional, ou, simplesmente, ignora a regulamentação estatal. A adaptação à segurança jurídica proposta neste trabalho tanto serve de proteção à sociedade, que ganha um mecanismo de controle mais fidedigno à sua realidade, quanto ao sistema jurídico, que será melhor estruturado e terá sua aplicabilidade reforçada, em vez de sofrer constantes represálias sociais e correr o risco de se tornar um mecanismo de pouca utilização prática, uma vez que obsoleto.

No intuito de dirimir conflitos interpretativos precipitados, clarifica-se, *ab initio*, que a ideia proposta neste trabalho não defende a tese de submissão ou de controle do Direito pela sociedade. A tese trabalhada utiliza como referência a Teoria dos Sistemas, desenvolvida na perspectiva de Niklas Luhmann e tão bem abordada, igualmente, por autores como: Marcelo Neves¹⁴⁸, Luiz Cadematori¹⁴⁹ e Francisco Carlos Duarte, Orlando Villas Bôas

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2012; NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Filho¹⁵⁰ e Guilherme Leite Gonçalves¹⁵¹, entre outros, que repelem a ideia de controle social do Direito. Inclusive, preliminarmente, afirma-se que a Teoria dos Sistemas, segundo a doutrina citada, vislumbra a sociedade moderna como uma sociedade complexa entendida a partir da agregação de vários subsistemas que formam um sistema maior (sociedade), e que embora convivam dentro desse mesmo ambiente, são considerados sistemas autopoieticos (conforme será melhor explicado abaixo). Com isso, afasta-se a ideia de controle do Direito (ou de qualquer outro subsistema) pela sociedade, assim como por qualquer outro subsistema (como política, economia, religião, dentre outros), uma vez que os sistemas são autorreferenciais e possuem separação funcional e não hierárquica. Essa posição é ratificada por Luhmann¹⁵² e bem explicitada na doutrina de Villas Bôas:

Essa dissociação dos indivíduos em relação ao seu “mundo da vida” é agravado ainda mais se se leva em consideração que, para Luhmann, também a própria sociedade moderna é diferenciada funcionalmente em subsistemas que são dotados de fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*) e que, em decorrência disso, sobrecarregam o ambiente uns dos outros. Luhmann mesmo admite que, em razão dessa diferenciação funcional da sociedade, nenhum subsistema pode evitar sua autonomia, o que implica dizer que tais subsistemas funcionais que constituem a sociedade moderna somente podem implementar regulações a partir de auto-regulações.¹⁵³

A tese Luhmanniana necessitará sofrer um corte epistemológico para que o intuito do trabalho não seja perdido ao longo das diversas abordagens que a Teoria dos Sistemas pode apresentar. O esforço despendido neste trabalho visa trazer a ideia desenvolvida por Luhmann, e pelos demais autores citados, para o âmbito do Direito e, mais especificamente, para servir de base à análise do problema da segurança jurídica no Brasil. Deve ficar claro que a Teoria dos Sistemas, será utilizada com duas finalidades: primeira, para impedir que o Direito opere de forma hermética em sua tecnicidade extremada e, assim, se isole da

¹⁴⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas. 2009.

¹⁵⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

¹⁵¹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

¹⁵² Luhmann afirma que a sociedade moderna, em detrimento da estratificação social característica da Idade Média, é dividida funcionalmente: “Sin embargo, aquí tampoco suponemos que la sociedad se divide de nuevo en una especie de revolución estructural cambiando así a la diferenciación por funciones”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. Ciudad de México: Helder. 2006. p. 568.

¹⁵³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 92.

sociedade e dos outros sistemas sociais; segunda, para permitir a abertura cognitiva do sistema jurídico às influências externas, porém utilizando-se de referências internas, impedindo, assim, que o Direito seja suplantado por outros sistemas, ou que operações jurídicas se fundamentem em argumentos extrajurídicos.

A tese central de ampliação da ideia de segurança jurídica para a ideia de segurança social será apresentada no primeiro e no segundo tópicos deste capítulo. Para tanto, será utilizada como pressuposto, a recepção da Teoria dos Sistemas pelo Direito nacional, como também, o desenvolvimento da segurança jurídica à luz desta teoria. Em seguida, será analisada uma decisão judicial da Corte Constitucional francesa frente a uma decisão do Supremo Tribunal Federal em casos que haja extrema semelhança. A decisão do Tribunal brasileiro, ao contrário do caso francês, difere da proposta defendida por este trabalho e será identificada como “Resquícios de um sistema jurídico retrógrado: considerações à práxis jurídica nacional”. Por fim, no último tópico deste capítulo, serão apresentados alguns exemplos de dispositivos colhidos no ordenamento jurídico pátrio, assim como uma decisão judicial, que se encaixam na proposta apresentada neste trabalho, na qual se nomeia como “Sinais de aplicação da Teoria dos Sistemas autopoieticos no Direito brasileiro”.

4.1 A recepção pelo direito da teoria dos sistemas segundo a perspectiva de Niklas Luhmann

A teoria geral dos sistemas é utilizada em diversos campos do conhecimento, como: na biologia, na física, na cibernética, na psicologia e, inclusive, nas ciências sociais, justamente onde Luhmann desenvolveu especificamente sua teoria e possibilitou, também, a sua utilização no campo do Direito.

Inicialmente, ressalta-se que a Teoria dos Sistemas já possuía abordagens feitas por autores que antecederam Luhmann¹⁵⁴. Ela se desenvolveu, principalmente, a partir das décadas de vinte e trinta do século passado, através da Teoria dos Sistemas abertos. A doutrina sobre essa teoria entendia que os sistemas se comunicavam entre si e interferiam diretamente uns com os outros e com o ambiente onde estavam inclusos, através de entradas e de saídas (*inputs* e *outputs*). Luhmann propôs uma mudança de paradigma¹⁵⁵ em relação ao

¹⁵⁴ Destacam-se sobretudo autores como Andras Angyal, Jakob von Uexkull e Ludwig von Bertalanffy.

¹⁵⁵ No sentido desenvolvido por Thomas Kuhn, ver: KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

tema e desenvolveu a ideia de que a Teoria dos Sistemas deve funcionar de forma fechada, assim os sistemas funcionam de maneira autônoma em relação aos outros e em relação ao ambiente.¹⁵⁶ Para fundamentar seu pensamento, o autor parte de premissas desenvolvidas pelos biólogos chilenos Humberto Maturana Romesín e Francisco Varela, que abordam, entre outros temas, a autopoiese (ou autorreferência) dos sistemas^{157 158}. O estudo dos autores citados oferece suporte ao fechamento da teoria dos sistemas através da proposta de superação do problema da observação (esquema sujeito-objeto), uma vez que ao analisar um dado objeto as percepções dali advindas não são provenientes do ambiente de forma absoluta, mas sim o resultado do campo de experiências do observador lançadas sobre um determinado objeto ou fenômeno. Daí advém a sugestão dos autores de alterar o problema da percepção para o interior do sistema, como se extrai da doutrina de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas sobre o tema:

Informação nenhuma é ‘exterior’, ela se encontra em nós mesmos. Em outras palavras, ela não pode ser determinada pelo ambiente, mas é produto de um sistema que apresenta em si, observador e observado, ou seja, que se auto observa. A percepção não provém da objetividade do saber, mas de uma operação do sistema que remete à sua experiência de compreensão, ou seja, que recorre a uma operação anterior interna de percepção. Sem qualquer tipo de intervenção do ambiente, o sistema constrói uma memória individual – fruto da experiência de suas operações – que se transformam no pressuposto de produção de novas percepções, experiências, operações. Este processo de auto produção da percepção e, portanto, das operações, será denominado de autopoiese por Maturana e Varela. No âmbito da Teoria Geral dos Sistemas, as descobertas do construtivismo radical inauguraram uma nova perspectiva: os sistemas autorreferenciais ou autopoieticos. São sistemas capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações.¹⁵⁹

Jamais houve a negação da existência do ambiente na teoria luhmanniana (assim como na teoria de Maturana e Varela), antagonicamente, um é pressuposto de existência do

¹⁵⁶ Na teoria de Luhmann, haveria ainda a percepção dos *inputs* e *outputs*, porém, devido o fechamento operacional dos sistemas, essa seria uma operação indireta. As influências (ou irritações, ou barulhos) advindos do ambiente precisam ser ‘filtrados’ pelos elementos internos do sistema e se desenvolveriam dentro do próprio sistema e de acordo com seu código binário, conforme será detalhado linhas abaixo. Segundo Luhmann: “the input/output models allowed for systems to use their output as input. The later development of the theory ‘internalized’ this feedback loop and declares it to be a necessary of its operation. This progress of theory comes from the insight that accumulation of internal complexity is possible only through operative closure – frequently formulated as a condition of ‘order from noise’”. LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Tradução de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press. Inc. 2004. p. 79 e 80.

¹⁵⁷ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesi e Cognizione**. La realizzazione del vivente. Traduzione di Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio.1992. p. 31 e ss.

¹⁵⁸ Este trabalho aborda a tese desenvolvida na chamada terceira fase de Luhmann, quando o autor incorpora à Teoria dos Sistemas o conceito de autopoiese, como será explicado adiante.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 39

outro. Assim, para haver um sistema, deve haver, obrigatoriamente, um ambiente onde esse sistema se desenvolva. A diferença que sua teoria propõe é quanto à compreensão de que os sistemas são capazes de se manter e se desenvolver de forma autônoma ao ambiente, sem interferir diretamente no seu funcionamento e nos demais sistemas que compõem o ambiente.

Para a abordagem proposta por Luhmann, o ambiente é entendido como a sociedade, e os sistemas são os diversos setores que a compõem: a economia, a educação, a política, a religião, a família, a arte, a ciência, o direito, entre tantos outros. Para não fugir aos fins propostos por este trabalho, a análise desta teoria será feita em relação ao ambiente (sociedade) e ao sistema jurídico (Direito), e, eventualmente, apresentará uma abordagem perfunctória sobre economia e política, ressaltando uma maior proximidade que possuem com o sistema jurídico. Além disso, vale destacar que, na relação entre Direito e sociedade, Luhmann aborda os conceitos de “ambiente intrassocial” e “ambiente extrassocial” do Direito. Quanto a esta última expressão, Luhmann a conceitua como fenômenos que não se reproduzem com base na comunicação, mas que são relevantes para o Direito. O “ambiente extrassocial”, anteriormente referido, não será especificamente abordado neste trabalho, sob pena de haver desvio dos objetivos propostos. Na tentativa de elucidar os conceitos acima expostos, a doutrina de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas afirma que:

É preciso que se ressalte que a relação entre direito e sociedade não exaure a complexidade da problemática que envolve a autopoiese jurídica, pois a sociedade é apenas o ‘ambiente intrassocial’ do direito. Além dela há o ‘ambiente extrassocial’ do direito que abrange tanto o homem (síntese de sistema psíquico e sistema vivo) como o mundo com seus fenômenos físicos e biológicos. Assim, conforme ressalta Luhmann, o sistema jurídico é um subsistema da sociedade. Entretanto a sociedade não é somente o ambiente do sistema jurídico. Ela é em parte mais, na medida em que inclui as operações do sistema jurídico e, em parte menos, na medida em que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema social, ou seja, as realidades físicas e mentais dos seres humanos, fenômenos físicos, químicos e biológicos que o sistema jurídico declara relevantes.¹⁶⁰

Para Luhmann, a sociedade moderna apresenta características específicas que dificultam a aplicação de teorias sociológicas tradicionais, como as desenvolvidas por Marx, Weber, Simmel, Durkheim, entre outros¹⁶¹. Para ele, a sociedade hodierna deve ser

¹⁶⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 107.

¹⁶¹ Nesse sentido expõe Villas Boas e Guilherme Leite Gonçalves: “Luhmann considera que a sociologia se encontraria numa crise de caráter teórico, oscilando entre a análise empírica e uma produção teórica presa às teorias clássicas desenvolvidas por autores como Marx, Weber, Simmel, Durkheim, etc. Nesse sentido, visando desvencilhar desses referenciais teóricos ultrapassados e incompatíveis com a complexidade da realidade social a ser analisada, a sociologia deveria, segundo ele sofrer uma mudança de paradigma, a fim de poder dar conta de

caracterizada como uma sociedade acêntrica, funcionalmente diferenciada e complexa. A Teoria dos Sistemas teve seu modelo desenvolvido por ele em observância a essas características, que são complementares entre si. Contudo, deve-se definir especificamente cada uma delas para que se possa, em seguida, entendê-las de forma conjunta dentro da lógica da Teoria dos Sistemas. Quanto à primeira característica, fica evidente que a centralização de poder (seja ele político, financeiro, intelectual, religioso, jurídico) que bem representou os regimes monárquicos totalitários característicos de séculos passados (Idade Média, por exemplo), assim como de ditaduras governamentais (como as ditaduras que ocorreram na América do Sul, durante a segunda metade do século XX), já não se observa na sociedade moderna. Em seu lugar, preza-se por uma sociedade “horizontal”, no sentido de que não há mais uma divisão hierarquizada e controlada de forma absoluta por um poder central; ao invés, há diversos núcleos de poder, com competências específicas, agindo de forma harmônica entre si e dentro dessa esfera de competência, como afirma Orlando Villas Bôas: “Luhmann concebe a sociedade moderna como acêntrica e fragmentada em diversos sistemas autopoieticos funcionais, nos quais não haveria espaço para a primazia de um subsistema sobre os demais”¹⁶². De forma complementar a sociedade também é caracterizada como funcionalmente diferenciada, ou seja, cada um desses núcleos de poder (sistemas) possui funções específicas, impedindo que apenas um poder exerça todas (ou inúmeras) funções sociais. Assim, a doutrina de Luhmann é comentada por Villas Bôas:

Decorre daí sua ênfase no fato de que a sociedade moderna teria gerado um tipo de diferenciação social bastante distinto daquele desenvolvido pelas demais sociedades, o qual consistiria justamente na diferenciação a partir de subsistemas que reproduziriam funções específicas, as quais permitiriam administrar um maior grau de complexidade.¹⁶³

Por fim, entende-se que a complexidade social citada por Luhmann¹⁶⁴ se mostra como um número maior de possibilidades do que os que realmente pode ser atendida por um determinado sistema. O sistema jurídico serve para exemplificar esta ideia, pois se observa,

um contexto social que já não seria apreensível por abordagens criadas a partir de outras realidades sociais”. Ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 23.

¹⁶² VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 101.

¹⁶³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 100

¹⁶⁴ Esse tema já foi, inclusive, citado neste trabalho (ainda que de forma *en passant*), no capítulo anterior, mais especificamente no item 2.1, para onde remetemos o leitor.

nos atuais Estados Democráticos de Direito, a previsão nos textos constitucionais de inúmeros direitos fundamentais. A concretização desses direitos enfrenta, de forma não rara, uma grande dificuldade de implementação, entre outros fatores, devido às infinitas possibilidades que um direito fundamental pode gerar. Apenas à guisa de exemplo, pode-se observar o princípio da dignidade da pessoa humana: as possibilidades de desdobramento deste princípio em relação às diversas áreas da vida são inúmeras, o que gera a impossibilidade prática do Estado atender a todas as demandas. Esse conceito de complexidade é trabalhado por Marcelo Neves da seguinte maneira:

Com pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, Luhmann utiliza, em primeiro lugar, o critério da complexidade, entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas. [...] De acordo com esse modelo, a sociedade moderna distingue-se pela sua alta complexidade. ‘considerando o número, a diversidade e a interdependência de ações possíveis’, assim enfatiza Luhmann, ‘a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, limitadas regionalmente’.¹⁶⁵

Após a definição dos pontos que Luhmann utiliza para determinar a sociedade moderna, vale identificar a sua teoria a respeito dela. O ponto de partida da Teoria dos Sistemas, segundo o ponto de vista luhmanniano, é a distinção existente entre sistema e ambiente. Como dito anteriormente, um não exclui o outro, no entanto, eles se pressupõem, sendo a existência de um condição indispensável para a sobrevivência do outro. “Nesse contexto, um sistema social nasce como resultado da produção de uma diferença entre *sistema* e *ambiente*”.¹⁶⁶ A relação entre eles é considerada fechada, tendo em vista que um sistema específico não é determinado pelo ambiente ou por outro sistema que compõe este ambiente. A noção de autopoiese e autorreferência do sistema é justamente essa capacidade que um sistema tem de ele mesmo instituir elementos responsáveis pela sua criação e desenvolvimento. Para que um sistema exista, ele independe de influências diretas do ambiente ou de outros sistemas na sua organização e no seu funcionamento. Assim, utiliza-se, mais uma vez a balizada doutrina de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas:

A teoria dos sistemas autorreferenciais se organiza em torno da noção de diferença. Esta mudança de perspectiva possibilitou o fechamento do sistema em relação ao

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2012. p. 15.

¹⁶⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 175.

ambiente e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais. Tal estratégia permitiu a resposta à pergunta *o que é um sistema?* Os sistemas são capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações. Os sistemas se autoreproduzem.¹⁶⁷

Contudo, apesar da capacidade dos sistemas de se desenvolver a partir de referências internas, eles não são alheios ao ambiente no qual estão inclusos. Por isso, Luhmann é categórico ao afirmar que “capacidade de reprodução autorreferencial, no entanto, não é sinônimo de solipsismo ou isolamento em relação ao ambiente”¹⁶⁸. A princípio, a teoria transmite a impressão de ser contraditória, mas, afastando conclusões precipitadas, Luhmann desenvolve seu pensamento para dar racionalidade a este paradoxo formado entre a relação de um sistema autopoietico com o ambiente, conforme explicam Gonçalves e Villas Bôas:

Esta é a maneira como Luhmann constrói a distinção sistema/ambiente. O sistema estabelece sua identidade à medida que se diferencia do ambiente. Este, por sua vez, reconhece-se como tal desde que o outro lado (sistema) seja seu parâmetro de distinção. Alias, conforme ressalta Luhmann, o sistema é uma forma de dois lados. Dessas afirmações pode-se extrair o primeiro paradoxo: a identidade é formada pela diferença. Esta constatação, no entanto, não é solução, mas pressuposto de outro paradoxo: o sistema deve distinguir-se do ambiente, para fixar sua identidade, mas o ambiente, porque depende do sistema para existir, é, na verdade, produto deste. Este é a forma como se fecha a autorreferencialidade. Em síntese: é impossível indicar um dos valores sem indicar o outro (heterorreferência), o que torna o outro autocriação (autorreferência). Nesse sentido, o construtivismo radical fala em abertura derivada de fechamento. Deste paradoxo inicial serão produzidos outros tantos. Esta será a forma de organização da teoria, a racionalidade do modelo. Como a autonomia – ou identidade – de uma das partes depende da existência – diferença – da outra, pode-se afirmar que a lógica dos paradoxos constitui o sistema que é, ao mesmo tempo, fechado e aberto. Pode-se falar em autorreferência porque há heterorreferência. Para a Teoria Geral dos Sistemas, o modelo luhmanniano significa uma nova etapa reflexiva: a teoria dos sistemas fechados-abertos.¹⁶⁹

Então, qual seria a diferença da teoria de Luhmann para a antiga Teoria dos sistemas abertos? Uma vez que a abertura continua a existir, a diferença entre as duas teorias não seria apenas um jogo de palavras? A resposta é negativa. A diferença está na maneira como ocorre essa abertura sistêmica ao ambiente, pois na Teoria que precede Luhmann havia uma influência direta do ambiente nos sistemas que o compõe, impedindo, assim, de se

¹⁶⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 43.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**, p. 22, *apud* GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 57.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 46 - 47.

autodeterminarem. Já na teoria Luhmanniana, a abertura sistêmica não ocorre dessa maneira. O que há, na verdade é um fechamento operacional / normativo ao mesmo tempo em que há uma abertura “meramente” cognitiva do sistema ao ambiente. Por isso, os autores, acima citados, afirmam que Luhmann trabalha com a teoria dos sistemas fechados-abertos.¹⁷⁰

Essa impossibilidade de interferência direta e de determinação heterogênea não ocorre apenas do ambiente em relação aos sistemas, mas também na relação entre os diversos sistemas que compõe o ambiente. Como dito anteriormente, os sistemas sociais são organizados de forma horizontal e, portanto, não se admite a superioridade hierárquica de qualquer um deles em relação aos demais. Essa ausência de interferência direta entre os sistemas é explicada por Luhmann através de código binário, que é característico e exclusivo de cada sistema. Por isso, a divisão funcional dos sistemas está diretamente vinculada à ideia de sistemas não hierarquizados, complementando-a.

O código binário define a “linguagem” a ser captada e desenvolvida na comunicação de cada sistema. Logo, o Direito possui sua “linguagem” determinada pelo código binário: lícito / ilícito. Os demais sistemas que compõem a sociedade, assim como o sistema jurídico, também possuem códigos binários específicos e criam sua “linguagem” a partir de cada um deles. A economia possui o código ter / não ter; a política, governo / oposição; a ciência, falso / verdadeiro; a educação, instruir / não instruir, entre outros sistemas. Dessa forma, Luhmann afirma ser impossível a determinação de um sistema por outro ou pelo ambiente, uma vez que o sistema apenas consegue desenvolver qualquer tipo de informação através do código que lhe é próprio, portanto criado por ele mesmo, e não vindo do ambiente externo. “O código é o elemento que distingue *Alter* de *Ego*. Cada subsistema é dotado de um código comunicativo próprio cuja utilização primária é vedada por outro”¹⁷¹. “O sistema se delimita perante seu ambiente mediante operações recursivamente fechadas, a partir das quais é capaz de produzir seus componentes por meio de sua própria rede interna de componentes”.¹⁷² “O código é a garantia do sistema funcional, pois lhe permite ocupar-se de todos os problemas que acontecem em seu âmbito funcional, mas somente desses e não de

¹⁷⁰ Haverá uma retomada do tema e, portanto, mais explicações quanto à abertura cognitiva e o fechamento operacional do sistema linhas abaixo nesse trabalho quando se tratar especificamente do sistema jurídico.

¹⁷¹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 63.

¹⁷² GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 68 - 69

outros. Ele provoca uma drástica redução das infinitas possibilidades a apenas duas opções”.¹⁷³

Os sistemas, por serem autopoieticos e autorreferenciais, devem ser capazes de definir seus próprios limites de atuação. Para isso, além dos códigos binários, os sistemas se valem, também, dos programas que servem para regulamentar e desenvolver as funções que os códigos terão dentro de cada sistema. Assim, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas afirmam que:

Nesse sentido, ao complementar a codificação mediante o preenchimento de seu conteúdo e decidir acerca da adjudicação dos valores do código, o programa terá uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria.

[...] O código por si só não permite que o sistema se feche, mas sim apenas que ele crie os enlaces de suas operações. É assim que o código precisa ser completado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores dos códigos, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores.¹⁷⁴

Devido à possibilidade de abertura cognitiva dos sistemas, conforme explicado, não obstante a impossibilidade de interferência direta no desenvolvimento de cada sistema, a relação entre eles e o ambiente pode gerar o que Luhmann chama de irritações. Essas irritações podem ser absorvidas ou não (aceitação ou rejeição) pelo sistema através de sua “linguagem”, ou seja, através de seu código binário próprio. “A abertura cognitiva só se verifica à medida que os sistemas respondem a essas penetrações com suas próprias referências”¹⁷⁵. Nas palavras do próprio Luhmann é possível verificar claramente esta ideia:

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma

¹⁷³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 181.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 111 E 113.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 63.

construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio).¹⁷⁶

Em complemento à ideia de abertura cognitiva (e em conformidade com a autopoiese do sistema), a Teoria dos Sistemas, apresentada por Luhmann, socorre-se de outro conceito que tem como base teórica os estudos desenvolvidos pelos biólogos Maturana e Varela, o chamado acoplamento estrutural.¹⁷⁷ ¹⁷⁸É ele que justifica a interação (ainda que cognitiva) do sistema com outro(s) sistema(s) e com o ambiente (e vice-versa), segundo Luhmann:

Como se pode observar, a diferença introduzida por Maturana para basear o conceito de *acoplamento estrutural* distingue dois planos: o da autopoiesis, na qual se dá a conservação do sistema; e o do *acoplamento* entre sistema e meio, referido exclusivamente às estruturas, e aquilo que, no meio, possa ser relevante para as estruturas.

[...] O acoplamento estrutural exclui, portanto que dados existentes no meio possam definir, conforme as próprias estruturas, o que acontece no sistema. Maturana diria que o acoplamento estrutural se situa de modo ortogonal em relação a autodeterminação do sistema; ele não determina o que sucede no sistema, embora deva estar pressuposto, já que, do contrário a autopoiesis se deteria e o sistema deixaria de existir. Nesse sentido, todos os sistemas estão adaptados ao seu meio (ou não existiriam), ainda que dentro de um raio de ação que lhes é conferido, eles tenham todas as possibilidades de se comportar de um modo não adaptado.

[...] É possível dizer, então, que a seleção de acontecimentos ocorridos no meio – e capazes de produzir efeitos no sistema – é condição de possibilidade para que o sistema, com esse espectro tão seletivamente depurado, possa empreender algo.

[...] Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) o sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se de constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais.¹⁷⁹

Seguindo essa toada, o conceito de acoplamento estrutural oferece condições de análise mais específica quanto ao sistema jurídico e à sua interação com o ambiente e com os demais sistemas sociais. Assim, o sistema jurídico recebe as “irritações” (influências) do meio social e, através do seu código binário, lícito / ilícito, seleciona o conteúdo que será capaz de

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser, 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 132.

¹⁷⁷ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesis e Cognizione**. La realizzazione del vivente. Traduzione di Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio. p. 34. Este termo também é trabalhado em outras obras desses mesmos autores, como por exemplo: MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do conhecimento**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II. 1995. Pag. 205 e ss.

¹⁷⁸ Nesse sentido GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, afirmam que: “os acoplamentos estruturais são forma de abertura cognitiva e, como tal, se constituem em conformidade ao fechamento operativo. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 58.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 132, 133 e 137.

ser absorvido pelo sistema e daí desenvolvido por ele mesmo, dentro da lógica do sistema autopoietico e autorreferencial. Ao mesmo tempo em que sofre “irritações” o acoplamento estrutural permite que o funcionamento do sistema jurídico ressoe no ambiente social.¹⁸⁰

Ocorre que, conforme visto, essa interação mútua entre sistema e ambiente não é exclusividade do sistema jurídico. Ao contrário, todos os sistemas que compõe a sociedade detêm as mesmas possibilidades, já que na Teoria dos Sistemas de Luhmann, não há superioridade hierárquica de um sistema em detrimento dos demais. Dentro dessa lógica, desenvolve-se o ponto central desse trabalho, que visa demonstrar a necessidade que o Direito tem, como sistema social, de interagir com o ambiente. Caso contrário, estaria fadado ao insucesso, afinal qualquer tentativa de isolamento sistêmico em relação ao ambiente quebraria a base de desenvolvimento de toda a Teoria dos Sistemas. A existência do sistema pressupõe necessariamente a existência do ambiente. Em outras palavras, o sistema só existe quando inserido em um ambiente, e nunca de forma isolada.

O ambiente, além de condição imprescindível para a existência e o desenvolvimento dos sistemas que o compõem, também possui outra função de suma importância para que o funcionamento se realize de forma harmônica entre os sistemas. Pela definição de autopoiese e autorreferência dos sistemas (segundo a tese dos sistemas fechados de Luhmann) seria impossível a influência direta entre os sistemas. Contudo, de acordo com a tese do acoplamento estrutural, o ambiente (A) receberia a ressonância advinda dos sistemas que o compõe (S1), modificando-o. Por sua vez, o ambiente já modificado (A+S1) interagiria com outro sistema (S2), causando-lhe irritações. Essas irritações poderiam levar resquícios da influência sofrida pelo ambiente (A) de um sistema (S1) e que agora estaria à disposição de outro sistema (S2).

Assim, por mais que um sistema social não permita a sua determinação normativa por outro sistema (por serem sistemas fechados), eles entram em contato com determinadas influências de outros sistemas que foram acolhidas no ambiente social em que está incluso

¹⁸⁰ Nesse sentido, a doutrina de Cademartori e Duarte prefere explicar que as irritações são, na verdade, autoirritações (devido à autorreferência dos sistemas), porém advindos de influxos do ambiente: “O acoplamento estrutural permite, então, que um sistema possa se ligar a sistemas de alto grau de complexidade do ambiente sem, no entanto, alcançar ou reconstruir a complexidade daquele. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema pode ser indicada com o conceito de irritação. As irritações ou perturbações não são o produto de uma transferência do ambiente ao sistema. A irritação é sempre autoirritação, porém posterior a influxos provenientes do ambiente. Assim, o sistema tem a possibilidade de encontrar em si mesmo as causas da irritação e aprender delas”. Ver: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 185.

(abertura cognitiva). Essas influências podem ser recepcionadas ou não por um determinado sistema. Em caso de haver a recepção, são “traduzidas” para sua “linguagem” própria, ou seja, são desenvolvidas operacionalmente através do código binário específico de cada sistema (diferenciação funcional). Assim, se inclina a doutrina de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas sobre a Teoria luhmanniana:

Nisso, aliás consiste uma das principais diferenças existentes entre sociedades estruturadas a partir da diferenciação funcional e as estruturadas a partir da diferenciação estratificada / hierárquica. Os subsistemas funcionais em suas relações com o ambiente, que abrangem, inclusive, suas relações mútuas, uma vez que eles constituem ambiente uns para os outros, não podem ser escalonados a partir de uma estrutura ou de uma simbologia que remeta ao todo. Tanto no que concerne à sua função como no que tange às suas prestações, os sistemas funcionais autorreferenciais operam a partir dos códigos que lhe são próprios, e não podem ser determinados externamente, pois são autorreferenciais.¹⁸¹

A utilização da Teoria dos Sistemas desenvolvida por Luhmann nos é determinante para compreender como o sistema jurídico pode, de forma organizada, influenciar e ser influenciado pela sociedade. Através dessa teoria, identificam-se alguns equívocos cometidos no caso brasileiro, como a interferência direta de outros setores no desenvolvimento jurídico, assim como a disposição jurídica, defendida por muitos, para regular outras áreas do conhecimento como a economia e a política, que são, na verdade, sistemas independentes, pois autopoieticos, e que possuem códigos próprios capazes de determinar seu desenvolvimento operacional.

Quando, por exemplo, uma decisão judicial decide uma demanda com fundamento em voluntarismos e particularismos do(s) julgador(es), o que há é uma alopoiese do sistema jurídico, já que se utiliza de fundamentos alheios ao Direito, enfraquecendo o sistema e gerando insegurança jurídica. Dessa forma, a seguir, propõe-se o estudo específico da segurança jurídica à luz das contribuições trazidas pela Teoria dos Sistemas, desenvolvido por Niklas Luhmann.

4.2 O desenvolvimento da segurança jurídica à luz das contribuições da Teoria dos Sistemas de Luhmann

¹⁸¹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 102 e 103.

Neste capítulo final, após expor a ideia principal em torno da Teoria dos Sistemas segundo a doutrina de Luhmann, verifica-se a possibilidade de sua utilização para proporcionar uma base teórica adequada para o desenvolvimento da segurança jurídica.

A análise da segurança jurídica proposta neste trabalho visa, diferentemente do que tem sido largamente defendido em território nacional¹⁸², que ela seja operacionalizada dentro dos ditames jurídicos, porém com a abertura mínima e necessária ao ambiente social onde está inclusa. Qualquer tentativa de aplicar a segurança jurídica utilizando única e exclusivamente uma base teórica jurídica que seja alheia às irritações do ambiente, seria uma tentativa frustrada, pois significaria o isolamento do sistema jurídico em relação aos demais sistemas e ao próprio ambiente. O direito, considerado de forma hermética, torna-se um mecanismo perigoso, pois, em vez de utilizar-se de uma fundamentação racional e servir de ferramenta para o desenvolvimento social, funcionaria como um mecanismo opressor baseado em argumentos de autoridade (alheios aos anseios sociais) e, portanto, gerador de inseguranças e ineficiente em relação ao seu papel institucional.

A segurança jurídica visa elementos como a previsibilidade, a confiabilidade, a calculabilidade, a legitimidade e a eficácia. Esses elementos podem ser melhor mensurados em um ambiente jurídico aberto cognitivamente para as influências externas advindas do ambiente. Um sistema jurídico que funcione de forma isolada não é capaz de garantir segurança. Afinal o Direito (sistema) só existe, porque há sociedade (ambiente).

A mutação do sistema jurídico deve se coadunar com as influências ou com as irritações recepcionadas do ambiente social e “traduzidas” através do código lícito / ilícito que lhe é próprio (diferenciação funcional). Dessa forma, como não há superioridade hierárquica entre os sistemas, evita-se que o Direito seja determinado imediatamente por outro sistema (ou pelo ambiente), como o poder político e/ou econômico, posto que estes não funcionam através do código jurídico (lícito / ilícito). Evita-se assim, que os reclames sociais se instalem diretamente no sistema jurídico, determinando-o. Ratifica-se que a abertura do sistema jurídico, segundo a teoria proposta, não é operacional / normativa, mas “apenas” cognitiva.

Como visto no capítulo inicial deste trabalho, a segurança jurídica, em sua dimensão dinâmica, pode ser aquilatada através da calculabilidade, uma vez que ela “é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu

¹⁸² Conforme demonstrado nos capítulos 1 e 2 desse trabalho.

futuro”.¹⁸³ O Direito é um mecanismo que inevitavelmente gera expectativas nos membros da sociedade e, no caso específico do sistema jurídico, Luhmann afirma que elas são expectativas normativas. Toda expectativa é uma tentativa de antever algo que poderá ocorrer e, portanto, apta a gerar frustrações. No caso, a expectativa normativa (que é própria do Direito) se mantém mesmo frente a uma previsão frustrada. Em outras palavras, afirma-se que “o Direito busca obter a estabilização das frustrações sociais por meio da normatização”¹⁸⁴. Nesse sentido, Luhmann defende que o Direito assegura a manutenção contrafática de expectativas normativas. Por isso, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas asseveram que:

Para seguir a conceitualização que Luhmann faz da função do direito, é preciso que se analise, ainda que brevemente, a forma como ele opera a generalização das expectativas em cada uma das dimensões de sentido. Antes, porém, é preciso que se distinga bem entre expectativas cognitivas e normativas, pois é apenas a essas últimas que o direito se refere. Sem entrar em mais detalhes, pode-se afirmar que toda e qualquer expectativa consiste numa antecipação do futuro que, enquanto tal, é suscetível de frustração. Assim é que existiriam basicamente duas formas de se lidar com a frustração: adaptar a expectativa à situação que frustra ou mantê-la contra tal situação. No primeiro caso, está-se diante de uma expectativa cognitiva, que se aprende e se adapta à situação que a contraria. No segundo, está-se diante de uma expectativa normativa, que se mantém mesmo contra a situação que decepciona. [...] A norma seria, desse modo, uma forma de estruturação temporal das expectativas que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção de frustrações, neutralizá-la contra condutas que dela se desviam.¹⁸⁵

Seguindo este raciocínio, Luhmann complementa que a institucionalização das normas tem a capacidade de ampliar seu alcance à dimensão social, o que seria uma “institucionalização de expectativas comportamentais”^{186 187}. Dessa forma, a balizada doutrina acima citada conclui que:

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 345.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p.90.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 90.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 91.

¹⁸⁷ Nesse ponto a teoria de Luhmann difere radicalmente da teoria desenvolvida por Habermas. Este autor entende que a institucionalização do Direito incentivaria o consenso entre os membros da sociedade. Diferentemente, Luhmann defende que a institucionalização das normas jurídicas não seria capaz de levar a um consenso, na verdade esse seria um pressuposto da institucionalização. Para Luhmann, a institucionalização “ao contrário, ela antecipa ficcionalmente o consenso, de modo a fazer que ele passe a ser pressuposto e não precise mais ser concretamente expresso”. Ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 91.

As expectativas normativas seriam generalizadas, na dimensão temporal, a partir de sua normatização, que permite sua manutenção no futuro, ainda que, quando de seu advento, as condutas reais não coincidam com as esperadas. Ao lado da generalização temporal, haveria também a generalização na dimensão social, que se operaria por meio da institucionalização das expectativas a partir de um suposto consenso de terceiros.¹⁸⁸

Através dessa função normativa de manutenção das expectativas no futuro, permite-se utilizar a teoria luhmanniana para justificar e direcionar especificamente como a segurança jurídica deve se desenvolver na sociedade. O que se está a afirmar é que a calculabilidade só pode existir e gerar expectativas legítimas em um ambiente seguro. Ela deve ser implementada e desenvolvida por meio da normatização e da institucionalização das normas, segundo os preceitos trabalhados por Luhmann e acima expostos.

Por isso, qualquer tentativa de fundamentação jurídica alheia à normatização institucionalizada não seria segura, uma vez que iria chocar-se com a sua função de manutenção das expectativas. A fundamentação jurídica que não se utiliza de normas gera, na verdade, uma adaptação forçada do Direito a um determinado caso, o que terminaria por definir a superioridade do ambiente social (ou outro sistema) sobre o Direito, maculando-o e direcionando-o.

Apenas para deixar claro, evidencia-se que a proposta deste trabalho rechaça de forma veemente qualquer insinuação sobre eventual imutabilidade do Direito (o que acabaria por gerar seu isolamento sistêmico). Apenas ratifica-se a necessidade dessa mudança ocorrer de forma legítima, ou seja, através da modificação das normas jurídicas (utilizando-se da abertura cognitiva e do acoplamento estrutural amplamente discutido linhas acima). Para que haja segurança jurídica, se faz necessário uma consciência interna (o Direito é um sistema autopoietico), ou seja, não deve haver voluntarismos e nem discricionariedades, que podem ser evidenciados quando, por exemplo, a norma não cumpre sua expectativa normativa ou quando uma decisão administrativa ou judicial é fundamentada ao arrepio da lei.¹⁸⁹

A proposta acima aludida reforça, através da base teórica de Luhmann, o que já havia sido afirmado neste trabalho¹⁹⁰: o retorno ao positivismo, porém diferente do positivismo exegético ou legalista. O que se recomenda é a sua aplicação nos moldes defendidos por Lenio Streck. Este positivismo é desenvolvido de forma bastante diferente do

¹⁸⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 91.

¹⁸⁹ Nesse sentido: NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3ª ed. 2012. São Paulo: Martins Fontes. p. 79 - 80.

¹⁹⁰ Remete-se o leitor ao item 2.2.1 deste trabalho.

primeiro (exegese primitiva), pois, no segundo momento, as normas são geradas em pleno constitucionalismo democrático, e sua aplicação deve ficar atenta à relativismos e voluntarismos do seu intérprete/aplicador, o que, teoricamente, dificultaria sobremaneira o desenvolvimento de um positivismo opressor como ocorrido no legalista. “No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, de uma ‘outra’ ou de uma nova legalidade”.¹⁹¹ Na verdade, a “positivação do direito na sociedade moderna implica no controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire, dessa maneira, seu fechamento operativo”¹⁹². A doutrina de Marcelo Neves, nesse sentido, conclui ainda que:

A positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (autorreferência, autonomia ou fechamento operacional, ‘autodeterminidade’) do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade.¹⁹³

Contudo, voltando-se o olhar para o caso brasileiro, verificam-se alguns resquícios de um sistema jurídico retrógrado que caminha na contramão da teoria luhmanniana. Não por outro motivo, a segurança jurídica, assim como o próprio Direito, vem sofrendo cada vez mais abusos, levando a sociedade a padecer com a ineficiência do sistema jurídico. A seguir, passa-se a tecer algumas considerações sobre como a Teoria dos Sistemas está sendo negligenciada em território nacional.

4.3 Resquícios de um sistema jurídico retrógrado: considerações à práxis jurídica nacional

Quando se verifica o sistema jurídico brasileiro à luz da Teoria dos Sistemas, evidenciam-se, pelo menos, duas práticas danosas que depõem contra o paradigma luhmanniano e que comprometem a segurança jurídica. Nos dois casos, há quebra da lógica defendida pelos sistemas autopoieticos. No primeiro, observam-se episódios de fechamento operacional (autorreferência) do Direito, porém, sem a abertura cognitiva do sistema jurídico. Essa postura resulta em distanciamento do sistema jurídico em relação ao ambiente social no

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89 e 90.

¹⁹² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 135.

¹⁹³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 80.

qual está inserido (e com os demais sistemas) e, dessa forma, o Direito perde em eficácia, pois, sem qualquer contato com o ambiente, há de criar mecanismos de regulação social que não condizem com a realidade e, certamente, será gerador de insegurança jurídica. A observância à Teoria dos Sistemas evitaria este problema, pois, como visto, ela afasta a possibilidade de isolamento sistêmico, uma vez que o ambiente é pressuposto de existência do sistema, e ambos devem se “aproximar” por meio da abertura cognitiva. Segundo Marcelo Neves, nesses casos, haverá a tendência social de “desjuridicização fática”.¹⁹⁴

Outra tendência observada na práxis jurídica nacional, que vai de encontro à doutrina dos sistemas autopoieticos de Luhmann, é a abertura cognitiva, porém sem autorreferência do sistema, ou seja, sem fechamento normativo. Nesse caso, há heterorreferência do sistema jurídico, que é responsável pela sua falta de autonomia e de independência. Haverá inferioridade hierárquica deste sistema em relação aos outros, e o seu código binário (lícito / ilícito) será suprimido por códigos de outro(s) sistema(s), principalmente pelos códigos político (governo / oposição) e o econômico (ter / não ter). Com o enfraquecimento do código lícito / ilícito, haverá também a possibilidade de dominação do sistema jurídico pelo ambiente, visto que este sistema será diretamente determinado por normas e por programas externos (heterorreferência)¹⁹⁵.

Observa-se que a autopoiese (e a autorreferência) dos sistemas não vem sendo, muitas vezes, aplicadas na práxis jurídica nacional. Isso promove o movimento contrário, a chamada alopoiese¹⁹⁶ do Direito, conforme a observação de Marcelo Neves sobre o tema:

Ao afirmar-se o intrincamento dos códigos e critérios de preferência das diversas esferas da vida social (economia, política, família, etc) com o código-diferença e os critérios do direito, não se desconhece que sempre há um condicionamento de todo e qualquer sistema autopoietico pelo seu ambiente, e que isso constitui pressuposto da conexão auto-referencial dos componentes intra-sistêmicos. Mas, nesse caso há a ‘comutação’ ou ‘digitalização’ dos fatores externos pelo código e critério do respectivo sistema. É na capacidade de ‘releitura’ própria das determinantes ambientais que o sistema se afirma como autopoietico. Na medida em que, ao contrário, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-

¹⁹⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 241.

¹⁹⁵ As consequências negativas da falta de fechamento operacional podem ser inúmeras. Essa postura pouco ativa do Direito ocorre nas diversas áreas de sua atuação e em todas as esferas de Poder. Tanto no Poder Judiciário, como no Poder Executivo e no Poder Legislativo há, infelizmente, a sobreposição de interesses particulares de grupo(s) de pessoas ou de empresas que através de seu poderio (econômico e/ou político, na maioria das vezes) garante aos seus interesses uma aparência de legalidade, utilizando-se do sistema jurídico de forma voluntarista.

¹⁹⁶ Esse termo, também advém da concepção biológica de Maturana, que ao contrário dos sistemas autopoieticos, define os sistemas que são caracterizados com referências externas (heterorreferência).

se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do direito.¹⁹⁷

Esse tipo de aplicação do sistema jurídico gera, entre outras mazelas sociais, a corrupção, a falta de diálogo institucional entre os Poderes da Federação, a exclusão social, a quebra da Separação dos Poderes, e, por consequência do pacto federativo, além da ineficiência do Direito que repercute diretamente no enfraquecimento da segurança jurídica. Uma sociedade que pretenda tornar-se justa e igualitária não pode se desenvolver em um ambiente com essas características danosas.

Na tentativa de exemplificar a tese luhmanniana através de casos concretos, propõe-se a análise sucinta de duas decisões advindas de cortes constitucionais e que têm demandas bastante semelhantes. Uma delas ocorreu no Brasil e a outra na França¹⁹⁸. No caso brasileiro, percebe-se claramente a imediata determinação operacional do ambiente social perante a esfera jurídica, sendo um exemplo claro da abertura cognitiva sem o fechamento normativo do sistema jurídico, como acima referido. Já no caso francês, há a aplicação da Teoria dos Sistemas (ainda que de forma não deliberada), o que resultou em uma decisão oposta ao caso brasileiro: o sistema jurídico francês permitiu sua abertura cognitiva, contudo fez prevalecer sua clausura operacional, não recepcionando o caso pelo sistema jurídico, visto que, seu código lícito / ilícito não era capaz de atuar na demanda.

Esses casos apresentam muita proximidade entre si e, em apertada síntese, têm, como plano de fundo, o interesse social (em ambos os países) quanto à equiparação ao casamento e à regulamentação estatal da união de pessoas do mesmo sexo. O caso brasileiro apresenta como fundamento constitucional o artigo 226¹⁹⁹, em especial o seu §3º, que dispõe sobre o reconhecimento da união estável como entidade familiar e, portanto, apta a receber proteção especial do Estado. Ocorre que o texto constitucional define expressamente que esta união deve ocorrer entre homem e mulher. Este dispositivo constitucional tem

¹⁹⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 146 - 147.

¹⁹⁸ Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>> . Acesso em 27 jun. 2015.

¹⁹⁹ CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

regulamentação infraconstitucional no artigo 1723 do Código Civil²⁰⁰, o qual também, prevê, expressamente, que a união estável deve ocorrer entre homem e mulher. Dessa forma, no dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e decidiu, de forma inovadora, que, através da técnica da interpretação conforme o artigo 1723 do CC, deveria ter sua aplicação estendida para acolher também a união entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, o STF alterou o sentido expresso do artigo 226, §3º da CF/88, que servia de fundamento ao dispositivo infraconstitucional questionado. A Constituição é clara ao afirmar que a união prevista neste dispositivo é entre homem e mulher, não deixando margens para interpretações extensivas que incluíssem outros tipos de união entre seres humanos. Ainda assim, o STF, de forma arbitrária e valendo-se de seu papel de corte constitucional responsável por dar a última interpretação da Constituição, reverteu toda a lógica expressa na Carta Magna. Em desconformidade com a técnica da “interpretação conforme”,²⁰¹ impôs sua decisão com base em argumentos pseudojurídicos que, na verdade, camuflaram o real fundamento da decisão: o argumento de autoridade (longe de se coadunar com qualquer argumento jurídico minimamente razoável)²⁰². As palavras de Antônio Jorge Pereira Júnior, ao comentar esta decisão do STF, reforçam o raciocínio exposto:

Ora, a elasticidade interpretativa da Constituição tem como limite o texto da norma. O sistema constitucional brasileiro não permite qualquer forma de interpretação que extrapole os limites traçados, seja no texto originário, seja no texto reformado. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal pode esquivar-se dessa exigência. Para a alteração do texto, é necessário emendar ou reformar a Constituição, competência do Congresso Nacional. Assim, os Ministros que decidiram pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à união entre homem e mulher, estiveram a fazer uso político do poder judicial, em dissonância com o sistema democrático previsto na Constituição. Chamaram a si, em atitude substitutiva, atividade

200 CC. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²⁰¹ Vale destacar a opinião de Ives Granda da Silva Martins sobre a técnica utilizada pelo STF neste caso: “nem há que se falar em interpretação conforme, visto que o decidiu o STF foi um acréscimo no texto para nele abrigar situação nele não prevista, o que difere, ao meu ver, do que se entende por interpretação conforme. Essa modalidade de controle concentrado implica em retirar de um texto abrangente situação que, se por ele fosse abrangida, representaria uma inconstitucionalidade. É que levando em conta a pretendida distinção entre ‘inconstitucionalidade sem redução de texto’ e ‘interpretação conforme’, se se admitisse nesta, o acréscimo de hipóteses ao texto constitucional não produzidas pela lei, estar-se-ia, de rigor, transformando o Poder Judiciário em Poder Legislativo”. MARTINS, Ives Granda da Silva. *Apud* PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2012. V. 1. p. 14.

²⁰² A crítica a esse tipo de postura do Poder Judiciário de avocar para si demandas políticas (no caso, de competência do Poder Legislativo) assim como a “técnica” hermenêutica utilizada no caso, se coaduna com a crítica exposta no capítulo 2 deste trabalho.

originária do legislativo, *locus* onde se definem emendas e políticas públicas não postas na Constituição.

Em que pese o afã político de equiparação política da união *gay* aos modelos familiares descritos na Constituição de 1988, para atender aspiração de *autoafirmação legal*, por anseio ideológico ou psicológico particular, pelo desejo de atenuar o preconceito social, ou simplesmente pelo interesse de conceder-lhes benefícios legais específicos de entidades familiares, mediante forçosa equalização legal, não parece razoável a extensão do conceito de entidade familiar do artigo 226 às uniões homoafetivas, só por uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Pelo menos desde a perspectiva da ordem social constitucional, da razoabilidade jurídica, e do necessário respeito às competências constitucionais dos Poderes do Estado de Direito.²⁰³

Em caso semelhante ocorrido na França, em 27 de janeiro do mesmo ano (2011)²⁰⁴, a Corte Constitucional daquele país proferiu uma decisão diversa da corte constitucional brasileira. A demanda surgiu através do pedido de conversão em casamento da união homoafetiva da Srta. Corinne C. et Sophie H., questionando judicialmente o alcance dos termos “homem e mulher” dos dispositivos do Código Civil francês, referentes ao casamento. A Corte francesa, através da decisão nº 2010-92 QPC, considerou que o Código Civil francês, ao permitir o casamento apenas a pessoas de sexos diferentes, não vai de encontro ao princípio da igualdade prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que possui *status* constitucional na França. A Corte foi enfática em afirmar que, para conquistar o efeito pretendido pelas partes, o caminho seria o Congresso Nacional francês, que tem competência para legislar, uma vez que a corte não poderia substituí-lo. Assim, pelo trecho da decisão advinda neste caso, a Corte afirma que:

Decisão nº 2010-92 QPC, de 28 de janeiro de 2011, Srta. Corinne C. e outra – proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo:

[...] 9. Considerando, por outro lado, que o artigo 6 da Declaração de 1789 dispõe que a lei deve ser a mesma para todos, seja quando ela protege, seja quando ela pune; que o princípio da igualdade não se opõe a que o legislador regule de maneira diferente, situações diferentes, nem que se derogue a legalidade por razões de interesse geral, visto que, em um ou outro caso, a diferença de tratamento de que daí resulta seja vinculado diretamente ao objeto da lei que o estabelece; que, no momento, o princípio segundo o qual o casamento é a união entre um homem e uma mulher, o legislador tem, no exercício da competência que lhe atribui o art. 34 da Constituição; considerando que a diferença de situação de casais do mesmo sexo e casais compostos de um homem e de uma mulher podem justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família; que não cabe ao Conselho Constitucional substituir sua apreciação àquela do legislador, sob o prisma, nesta

203 PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2012. V. 1. P. 13 e 14.

204 Para maiores referências doutrinárias sobre esse caso francês ver: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2012. V. 1. p 13 e ss.

matéria, desta diferença de situação; que, por consequência, a pretendida violação do artigo 6 da Declaração de 1789 deve ser descartada;

10. Considerando que, do exposto resulta que a queixa de violação à liberdade de casamento deve ser rejeitada;

11. Considerando que as disposições contestadas não são contrárias a nenhum direito ou liberdade que a Constituição garante;

Decide:

Artigo 1º. O último parágrafo do artigo 75 e o artigo 114 do Código Civil [união estrita entre homem e mulher] estão conformes à Constituição.^{205 206}

Nesse caso, tanto o fechamento operacional do sistema jurídico quanto a sua abertura cognitiva, proposta pela teoria luhmanniana dos sistemas autopoieticos, foram observadas. A Corte Constitucional francesa atuou dentro dos limites do sistema jurídico, utilizou o código binário inerente ao Direito para negar a inconstitucionalidade do dispositivo questionado e apontou para a possibilidade de apreciação do caso de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo pelo Poder Legislativo, podendo alterar a previsão do código civil francês que (como o brasileiro), expressamente, limita o casamento apenas entre homem e mulher. Assim, o sistema político, como sistema autopoietico, deveria manter a abertura cognitiva, para captar as irritações advindas do ambiente social e operar, de acordo com sua autorreferência, através de seu código binário, no intuito de alcançar uma conclusão legítima sobre o caso.

Essa decisão da Corte francesa reforça a dúvida sobre a legitimidade do Judiciário (STF) no caso da ADI 4277 (e de forma mais ampla, a questão da judicialização da política) e reforça a necessidade da discussão sobre os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁵ **Do original: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe**

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté;

11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

DÉCIDE:

Article 1er.º Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>>.

Acesso em 27 Jun. 2015.

Além disso, diversas outras questões poderiam ser relacionadas a este caso, porém o objetivo do trabalho impede o aprofundamento do tema²⁰⁷.

Não obstante à constatação supra evidenciada, é bem verdade que o Estado brasileiro também tem demonstrado bons indícios de abertura cognitiva do sistema jurídico com o devido fechamento operacional. Essas atuações também merecem ser destacadas, visto que são instrumentos que contribuem para o fortalecimento da segurança jurídica, conforme será demonstrado a seguir.

4.4 Sinais de aplicação da Teoria dos Sistemas autopoéticos no Direito brasileiro

O sistema jurídico pátrio apresenta inúmeros bons exemplos de correta aplicação do paradigma luhmanniano²⁰⁸. Embora não faça referência expressa à Teoria dos Sistemas autopoéticos como fundamento teórico, esses casos servem, ainda assim, para demonstrar a sua utilização na prática. Obviamente, não se pretende apresentar um rol exaustivo de medidas que tiveram a correta aplicação da Teoria dos Sistemas no sistema jurídico nacional. Ao invés disso, de forma exemplificativa, este trabalho se propõe a considerar, através das “lentes” da Teoria dos Sistemas autopoéticos, alguns dispositivos de lei, assim como uma emblemática e inovadora decisão do STF quanto à defesa da segurança jurídica.

Quanto aos dispositivos de lei, sugere-se o exame de alguns artigos da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, além da lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º da do artigo 102 da Constituição Federal²⁰⁹.

²⁰⁷ Maiores informações sobre os limites de atuação do Judiciário ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2014; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁰⁸ Muitas vezes recentes inovações implementados ao processo constitucional e ao sistema jurídico pátrio de forma ampla, tem como base teórica a doutrina constitucional alemã, a exemplo da obra de Peter Häberle, que fundamentou teoricamente a previsão legal de institutos como o *amicus curie* e as audiências públicas. HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

²⁰⁹ Vale ressaltar que o *amicus curie* também receberá previsão normativa no novo código de processo civil, no artigo 138: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da

Nessas leis,²¹⁰ é possível fundamentar a participação do chamado *amicus curie*, ou amigo da Corte, que é um tipo especial de intervenção de terceiro no processo. Essa participação denota o interesse do Judiciário, como órgão representativo do sistema jurídico, em conhecer as manifestações de diversos outros sistemas que compõem o ambiente social e que tenham conhecimento sobre a lide, colaborando, portanto, com a decisão que será proferida²¹¹. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, é possível perceber a definição do *amicus curie*, assim como o seu funcionamento, que, como será visto, contribui para a autopoiese de sistema jurídico:

O que enseja a intervenção deste “terceiro” no processo é a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse meta-individual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos. [...] O chamado “interesse institucional” autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão fora do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar. Neste sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz. [...] Considerando que o norte de seu ingresso é o de aprimorar a decisão jurisdicional a ser proferida, levando ao Estado-juiz informações complementares que, de outro modo, não seriam, muito provavelmente, de conhecimento seu.²¹²

Assim, percebe-se que há uma abertura cognitiva aos interesses e às opiniões sobre o caso, advindas de sistemas não jurídicos e do ambiente social. Apesar desta abertura, é importante que se destaque que o *amicus curie* não possui qualquer poder de decisão no processo. Sua participação é meramente opinativa, esclarecedora. A decisão será tomada dentro dos limites do poder de decisão dos ministros do STF, que podem até não levar em consideração a opinião do *amicus curie*, ou seja, será decidido dentro da esfera de

demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

²¹⁰ No artigo 7º, § 2º e artigo 20 § 1º da lei nº 9.868/99 e no artigo 5º, § 2º da lei nº 9.882/99.

²¹¹ Essa participação do *amicus curie* também demonstra uma preocupação do Judiciário quanto aos efeitos da macro justiça, no sentido que foi apresentado no capítulo anterior deste trabalho, mais especificamente no item 2.2.2.

²¹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro**. p. 2, disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Athos%20Gusm%C3%A3o%20Carneiro-Homenagem%20Cassio%20Scarpinella%20Bueno.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2015.

competência jurídica, através da utilização de seu código binário. Esse modo de atuação demonstra o fechamento operacional do sistema jurídico.

Em outro dispositivo da mesma lei nº 9.868, artigo 27²¹³, existe a fundamentação legal da técnica de decisão judicial chamada modulação temporal dos efeitos da sentença. Esta técnica, utilizada inicialmente apenas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, já é usada também por outros tribunais²¹⁴, inclusive no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Ela garante expressamente que em caso de interesse social relevante, ou tendo em vista razões de segurança jurídica, poderá haver a restrição dos efeitos da decisão ou a definição de um momento oportuno para o início da sua validade ou eficácia. Seguindo essas diretrizes, inclina-se a doutrina de Dirley da Cunha Júnior:

Atualmente a lei 9.868/99, pelo seu artigo 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, *forjar os efeitos* das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou *decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a que venha a ser fixado*. Assim, foi concedido ao STF o poder de excepcionar a própria regra do efeito *erga omnes* e do efeito declaratório ou *ex tunc* das decisões proferidas em sede de controle concentrado-principal, para emprestar a estas decisões efeitos mais limitados e efeitos constitutivos ou *ex nunc* ou *pro futuro*, o que, a nosso ver, andou bem, tendo em consideração a circunstância de que a ‘fixação dos efeitos de inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar’.

Isso significa que, quanto à restrição dos efeitos da decisão, pode o STF limitar a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade em sede abstrata, para dela excluir certas situações. (como, v. g., excluindo alguns atos expedidos ou algumas relações constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional ou até algumas pessoas que a princípio seriam alcançadas pela decisão).²¹⁵

Como ocorre no *amicus curie*, observa-se, na modulação dos efeitos a aplicação da Teoria dos Sistemas. Assim, ratificam-se as mesmas considerações expostas quanto à utilização do fechamento operacional e à abertura cognitiva, ressaltadas na análise do *amicus curie* feita linhas acima. Interessante notar que, nesse caso da modulação dos efeitos da sentença, a abertura cognitiva possui previsão expressa quanto ao “excepcional interesse

²¹³ 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.

²¹⁴ Habeas Corpus nº 70514-6 – Rio Grande do Sul

²¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e prática. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2008, p. 200.

social” como fator que, eventualmente, exige uma adequação do sistema jurídico ao ambiente social.

Por fim, se propõe o exame da ADI 2240 de 2007, que se utilizou da modulação dos efeitos da decisão, conforme previsão do artigo 27 da lei nº 9.868/99. Essa ação foi impetrada pelo Partido dos Trabalhadores contra a lei estadual baiana nº 7.619/2000, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. O autor alega que esta lei viola o artigo 18, §4º da Constituição Federal²¹⁶, uma vez que não existia ainda lei complementar para suprir regulamentação deste dispositivo, conforme exigência do texto constitucional. O tribunal seguiu a jurisprudência pacífica quanto à inconstitucionalidade de leis que criam municípios sem a observância do artigo 18, § 4º da CF/88 e reconheceu, de forma unânime, a inconstitucionalidade. Contudo, a Corte constatou que o município em questão já havia sido efetivamente criado e assumira existência de fato como ente federativo havia mais de seis anos. Diante disso, os ministros perceberam que uma decisão de inconstitucionalidade com declaração de nulidade total da lei levaria a um cenário de caos na realidade do município. Assim, em nome da segurança jurídica, o Tribunal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência por 24 (vinte e quatro) meses, para que, nesse interregno, o legislador estadual reaprecie o tema sob os parâmetros que deverão ser fixados em lei complementar federal, de acordo com a decisão da corte na ADI 3682, conforme se observa na ementa referente ao caso (ADI 2240), abaixo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo

²¹⁶ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. §4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(STF - ADI: 2240 BA , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).²¹⁷

Esse caso serve para demonstrar uma decisão judicial que aplicou a modulação dos efeitos da decisão, prevista no artigo 27 da lei nº 9.868/99. O caso, foi avaliado e decidido pela maioria dos ministros que o efeito de nulidade da decisão seria extremamente prejudicial para os munícipes da localidade, muito embora a declaração de nulidade estivesse dentro de padrões juridicamente corretos, vez que seria uma consequência da constatação de inconstitucionalidade da lei. A alteração da lógica jurídica e a não declaração da nulidade da lei, contestada nesta ADI, demonstraram que os ministros prezaram pelo não isolamento do sistema jurídico perante o ambiente social, como defende a Teoria dos Sistemas. Além da abertura cognitiva do sistema jurídico ao ambiente social, o seu fechamento operacional foi

²¹⁷Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 05 Jun. 2015.

obedecido, visto que a decisão não extrapolou o código lícito/ilícito, e utilizando-se das faculdades deferidas pela lei nº 9.868/99, decidiu pela não declaração de nulidade.

Percebe-se que há uma grande diferença deste caso do julgamento da ADI 2240 em relação ao caso do julgamento da ADI 4277, acima exposta (união homoafetiva), no tocante ao fechamento operacional do sistema jurídico. Nesse último, diferente do primeiro, o STF extrapola a sua competência e faz o papel de legislador ao permitir uma interpretação contra texto expresso da Constituição.²¹⁸ Já no julgamento da ADI 2240, há atuação do Judiciário, prezando pela segurança jurídica e ocorrendo dentro dos limites permitidos por lei. Dessa forma, o código binário do sistema jurídico não foi suplantado, e o fechamento operacional próprio de um sistema autopoietico foi respeitado.

Para isso, deve-se observar o alcance do termo segurança jurídica. O que realmente esse termo representa? Os termos propostos nesse trabalho revelam que a segurança jurídica deve ser encarada não como uma realidade exclusivamente jurídica, isolada e hermeticamente lógica; ao contrário, deve haver uma percepção dos acontecimentos sociais sem que, entretanto, permita uma dominação destes de forma direta sobre o Direito, o que significaria sua dominação pela sociedade ou por qualquer outro sistema como a economia ou a política. Esta é a tese central deste trabalho e, como foi demonstrado, concordar com ela é concordar com a Teoria dos Sistemas autopoieticos, na perspectiva desenvolvida por Niklas Luhmann. A solidez e a lucidez dos argumentos trabalhados por ele demonstram que sua teoria é capaz de permitir um mecanismo objetivo de controle da segurança jurídica. O paradigma luhmanniano ao ser bem estudado, compreendido e aplicado, pode contribuir significativamente para o desenvolvimento e melhoria do sistema jurídico e da sociedade. A Teoria dos Sistemas indica uma metodologia para a superação de inúmeras divergências doutrinárias, jurisprudências e contribui para um diálogo racional e eficiente entre os Poderes da Federação, entre os diversos sistemas que compõe a sociedade e, inclusive, entre o sistema jurídico e a própria sociedade.

²¹⁸ Soma-se a todas as outras doutrinas já citadas neste trabalho (que discordam da ideia do Judiciário possuir liberdade absoluta para decidir) a posição de André Karam Trindade: “no paradigma do Estado Constitucional de Direito, existe certa unanimidade no sentido de que a atividade dos juízes, especialmente no que se refere ao ato decisório, não dispõe de *liberdade absoluta* e tampouco de *livre convicção*, mas se encontra limitada pela lei e vinculada à Constituição. Ver: TRINDADE, Karam André. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis*. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Org.: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Karam André. Salvador: Livraria do advogado. 2012. p. 129 – 130.

Para que a ideia de segurança jurídica ultrapasse o seu aspecto meramente formal e se proponha a ser efetivamente aplicada, é preciso que seja observado o contexto social em que ela está inclusa. Assim, Ávila ressalta o posicionamento de Radbruch:

De um lado, considera que, ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores que devem ser preservados, a saber, a conformidade a fins e a justiça; de outro lado, reconhece que a segurança jurídica assume uma posição intermediária entre a conformidade a fins e a justiça, pois ela é exigida pelo bem comum e também pela justiça.²¹⁹

Nesse sentido, é que este trabalho visa à ampliação da ideia de segurança jurídica para a de Segurança Social, já que em última análise, toda segurança visa à segurança da sociedade e não de um sistema isoladamente considerado.

²¹⁹ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 662.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre a segurança jurídica proposta neste trabalho exigiu um levantamento doutrinário acerca do tema, do constitucionalismo, da hermenêutica jurídica e do chamado protagonismo judicial. Só então, foi possível localizar o problema da segurança jurídica no atual momento do constitucionalismo, como também todos os problemas que o envolvem, dentre os quais se destaca a pouca eficiência do Direito como mecanismo de segurança (jurídica e social).

Constatou-se que a atual utilização das técnicas de interpretação no Direito (em especial na atividade judiciária) não colabora com a construção de um ambiente jurídico seguro, visto que os limites impostos ao intérprete muitas vezes não são por ele respeitados. A imprevisibilidade das decisões judiciais figura como forte fator de insegurança e gera instabilidades, que inclusive reverberam para além do Direito, como, por exemplo, no âmbito da economia e da política.

A falta de uma metodologia que defina critérios à aplicação e ao desenvolvimento da segurança jurídica contribui, justamente, para a insegurança. Por isso, considera-se a utilização da Teoria dos Sistemas, de acordo com a perspectiva desenvolvida por Luhmann, capaz de contribuir significativamente para a evolução do sistema jurídico e, mais especificamente, para o desenvolvimento da segurança jurídica. A teoria luhmanniana, através da abertura cognitiva, impede o isolamento solipsista do Direito, o que o transformaria num mecanismo obsoleto. Contudo, ao mesmo tempo, permite seu fechamento operacional, o que garante que suas operações internas não serão determinadas diretamente por influências externas. Em outras palavras, a Teoria dos Sistemas aplicada ao Direito permite que ele mesmo verifique, através do seu código binário e de seus programas, se determinado assunto pode ou não ser tratado pelo Direito. Caso positivo, o sistema jurídico irá operacionalizar este problema através de normas próprias (e não através de interesses alheios). Caso negativo, o problema deverá ser analisado por outro sistema que se mostrará competente para dar a solução ao caso.

A ampliação da ideia de segurança jurídica pela ideia de segurança social é justamente para evitar situações nas quais uma postura do Direito (lei, sentença, ato administrativo, entre outros), mesmo formalmente perfeita do ponto de vista jurídico, seja inapropriada, ou até danosa, diante de sua execução no âmbito social. Assim, é preciso aumentar o ângulo de visão

para antever os impactos que atitudes jurídicas podem causar à sociedade. Deve-se pensar, mais que em segurança jurídica, em segurança social.

Conclui-se, ainda, que ao tentar resolver o problema da efetividade da segurança jurídica, na verdade, possibilitar-se-á a resolução de uma série de problemas do Direito, como a Separação dos Poderes, o diálogo institucional entre os Poderes, os limites da interpretação e decisão do STF, a corrupção e demais interferências particulares, os voluntarismos das decisões judiciais, entre outros. Isso porque todos esses problemas interferem, direta ou indiretamente, na segurança jurídica.

Assim, entende-se que a teoria de Niklas Luhmann pode não só contribuir para o desenvolvimento da segurança jurídica, como para melhorar a própria atuação do Direito na sociedade. Dentre diversas teorias que se propõem a ajudar a desenvolver o Direito, a Teoria dos Sistemas sugere interessantes caminhos a serem percorridos.

Diante da existência de mecanismos, previamente demonstrados, que possibilitam o fortalecimento da segurança jurídica e do seu diálogo com os demais sistemas sociais e com o próprio ambiente social, acredita-se que a aplicação da Teoria dos Sistemas de Luhmann é a providência mais adequada a ser utilizada pelo Direito na atual conjuntura brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

_____. **Segurança Jurídica.** Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos Princípios.** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto . **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p. 15, 2009, disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> acesso em 14 set. 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 26 ago. 2015, p. 5 - 6.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 2240**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2240&processo=2240>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 28 jul. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 3682**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=72491&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2070514>>. Acesso em: 30 jul. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 17 jun. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 17 jun. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4432**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo444.htm#transcricao1>>. Acesso em: 25 jun. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70514-6 RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo444.htm#transcricao1>>. Acesso em: 25 jun. 2015

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro**. p. 2, disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Athos%20Gusm%C3%A3o%20Carneiro-Homenagem%20Cassio%20Scarpinella%20Bueno.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atas, 2009.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. A Intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança. In: **25 anos da Constituição de 1988: os Direitos Fundamentais em perspectiva**. Organizadores: Paulo Rogério Marques de Carvalho e Maria Vital da Rocha. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013.

CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)Segurança Jurídica: características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição**. *Revista Quaestio Iuris*. v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e prática. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: neoconstitucionalismo e ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791.** Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. **Décision 2010-92 QPC.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>> . Acesso em 27 jun. 2015.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** v. I, tradução de Enio Giachini, 6 edição. Petrópolis: Vozes, 2011.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas Sociais.** Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes.** A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Vol. 1. 2 ed. Trad. Frávio Beno Siebaneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito.** 1 ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser, 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. Ciudad de México: Helder. 2006.

_____. **Law as a Social System**. Tradução de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press. Inc. 2004.

MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. **Nomos**: Revista do curso de Mestrado da UFC. v. 28, n. 2, p. 13 – 27, jul./dez. 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Segurança Jurídica e Equilíbrio de Poderes: constituição brasileira e constituições bolivarianas. In: **Segurança Jurídica**. Coordenador: Paulo André Jorge Germanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesi e Cognizione**. La realizzazione del vivente. Traduzione di Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio, 1992.

_____. **A Árvore do conhecimento**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. p. 3, Nov. 2000, disponível em: <www.direitocontemporâneo.com> Acesso em 14 set. 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 1 ed. Salvador: Jus podivm, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Organizadores: Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Segurança Jurídica, cescimento e exportações**. 2005, disponível em: <www.ipea.gov.br.com> Acesso em 22 mar. 2015.

RABELO, Janaína da Silva; AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. A utilização dos princípios na interpretação constitucional: entre a aproximação social e o abuso na sua aplicação. In: **Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988: homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (coord.); AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco; SALES, Tainah Simões. 1 ed, p. 128 – 152. Disponível em: <<http://www.ppgdireito.ufc.br/index.php/publicacoes>>. Acesso em: 13 maio 2015. Fortaleza: Expressão, 2014.

RAMIREZ, Frederico Arcos. **La seguridad jurídica: uma teoria formal**. 1ed. Madrid: Dykinson, 2000.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é Pesquisa em Direito e Economia**. *Cadernos Direito FGV*. v. 5, n. 2, São Paulo, 2008, disponível em <http://direitosp.fgv.br/professor/bruno-meyerhof-salama>. Acesso em 23 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., rev., atual. e amplia. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo (lei nº 9.784/99)**, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acessado em 09/04/2015.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**”, coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha, Editora Fórum, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e jurisprudência**. Um enfoque filosófico-jurídico. 1. Ed. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. Metodologia da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRINDADE, Karam André. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. *In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Org.: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Karam André. Salvador: Livraria do advogado, 2012.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria Dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedente e Evolução do Direito. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.